

**Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter
bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer**

**Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms - Universität
Münster**

**vorgelegt
von**

Gisbert Bödecker
aus Witten (Ruhr)

1 9 6 3



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter
bei Verkehrsdelikten betrunkenener Kraftfahrer**

**Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Westfälischen Wilhelms - Universität
Münster**

**vorgelegt
von**

Gisbert Bödecker

aus Witten (Ruhr)

1 9 6 3



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Peters
 2. Berichterstatter: Prof. Dr. Stree
- Dekan: Prof. Dr. FIKENTSCHER
- Tag der mündlichen Prüfung: 9. November 1963

Druck und Einband:

Rudolf Stehle, Düsseldorf, Klosterstr. 114

Tel.: 35 03 73

Inhaltsverzeichnis

Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenener Kraftfahrer

Seite

Vorwort

- I. Einleitung - Die Bedeutung der Alkohol-
delikte im Straßenverkehr
und die Haltung der Ermitt-
lungsbehörden bei der Auf-
klärung des Sachverhaltes,
insbesondere im Hinblick
auf die Verantwortlichkeit
dritter Personen.
- II. Übersicht über die von Kraftfahrern ty-
pischerweise begangenen Straftaten, bei
denen der Alkoholeinfluß eine Rolle
spielt.

1. Schlichte Trunkenheit im Verkehr
(§§ 2 StVZO, 21 StVG).
2. Vorsätzliche und fahrlässige Straßen-
verkehrsgefährdung (§§ 315a Abs.1 Ziff.
2, 316 Abs.2 StGB).
3. Fahrlässige Tötung und fahrlässige
Körperverletzung (§§ 222, 230 StGB).
4. Volltrunkenheit und actio libera in
causa (§ 330a StGB).
Bedeutung des § 330a StGB.

III. Hauptteil

Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenener Kraftfahrer.

A. Allgemeiner Teil - Teilnahme

1. Teilnahme an unvorsätzlichen Straftaten
 - a) Anstiftung und Beihilfe
 - b) Mittäterschaft
 - c) Nebentäterschaft

2. Teilnahmeprobleme im Rahmen
des § 330a StGB.

- a) Teilnahme an der Berauschung.
 - aa) Mittäterschaft -
mittelbare Täterschaft.
 - bb) Anstiftung und Beihilfe
- b) Teilnahme an der "Rauschtat"
 - aa) Mittelbare Täterschaft
 - bb) Anstiftung und Beihilfe
 - cc) Fahrlässige Nebentäterschaft

B. Nebentäterschaft.

1. Allgemeine Grundlagen.

- a) Abgrenzung von positivem Tun und unechtem Unterlassungsdelikt.
- b) Rechtspflicht und Garantenpflicht.
- c) Haftung bei verantwortlichem Handeln des unmittelbaren Täters
- d) Möglichkeit und Zumutbarkeit des Handelns
- e) Der Irrtum über die Garantenpflicht
als Verbotsirrtum.

2. Besonderer Teil -
Die Sozialstellung der Beteiligten.

- a) Beteiligung bei fahrlässiger Tötung und Körperverletzung.
 - aa) Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschriften.
 - aal) Uniformierte Polizeibeamte -
Beschränktes Opportunitätsprinzip als Grundlage des polizeilichen Handelns bei besonderen Gefahrensituationen.

- bb1) Kriminalbeamte als Präventivpolizei.
- ccl) Beamte der Ordnungsbehörde.
- ddl) Polizeibeamte außer Dienst.

- bb) Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus der Verfügungsgewalt über ein Kraftfahrzeug.
 - aal) Halter.
 - bb1) Mieter eines Kfz.
 - ccl) Berufsmäßiger Lastwagenbeifahrer.
 - ddl) Der für das Fahrzeug verantwortliche Fahrer.

- cc) Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus der Weisungsgewalt über den Fahrer.
 - aal) Das Verhältnis Eltern.- Kinder.
 - bb1) Der Vorgesetzte des Fahrers.

- dd) Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus vorangegangenem Tun.
 - aal) Gastwirt.
 - bb1) Zechgenossen.
 - ccl) Privater Gastgeber.
 - ddl) Führen eines Kraftfahrzeuges eines Betrunknen aus Gefälligkeit.

- ee) Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus Fahrt- und Verkehrsgemeinschaft.

- b) Die Beteiligung bei der schlichten Trunkenheit im Verkehr (§§ 2 StVZO, 21 StVG) und der Straßenverkehrsgefährdung (§§ 315a Abs. 1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB).
 - aa) Der Soziusfahrer auf Zweirädern.
 - aal) Strafbarkeit des Fahrers nach §§ 2 StVZO, 21 StVG.
 - bb1) Strafbarkeit des Fahrers nach §§ 315a Abs.1 Ziff. 2, 316 Abs. 2 StGB.

bb) Der Mitfahrer im Kraftwagen.

aa1) Strafbarkeit des Fahrers
nach §§ 2 StVZO, 21 StVG.

aa2) Der in den Verkehrs-
vorgang eingreifende
Mitfahrer.

bb2) Der passiv mitfahren-
de Halter.

cc2) Sonstige Mitfahrer
als Verkehrsteilneh-
mer.

bb1) Strafbarkeit des Fahrers
nach §§ 315a Abs.1 Ziff.2,
316 Abs.2 StGB.

aa2) Der Mitfahrer als
"Führer" des Kfz.

bb2) Der passiv mitfahren-
de Halter.

c) Die Beteiligung des Mitfahrers bei fahr-
lässiger Tötung und Körperverletzung.

C. Die strafrechtliche Verantwort-
lichkeit Dritter auf Grund selb-
ständiger Delikte.

1. Gaststättengesetz.

2. Freiheitsberaubung (§ 239 StGB).

3. Beleidigung (§ 185 StGB).

IV. Schlußbemerkung - Zusammenfassung.

Literaturverzeichnis

- Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung
3. Aufl. Heidelberg 1923
Alkoholgenuß und Verbrechen
ZStW Bd. 20/80 ff.
- Baumann, Strafgesetzbuch Allgemeiner Teil
2. Aufl. Bielefeld 1961
Das Umkehrverhältnis zwischen Ver-
such und Irrtum im Strafrecht
NJW 1962/ S. 16 f.
Verkehrsgefährdung als Ordnungs-
widrigkeit
Dogma und Praxis
in "Folgenlose Verkehrsgefährdung
als Massenerscheinung"
Diskussionsveranstaltung des Kura-
toriums "Wir und die Straße" in
Wiesbaden vom 3. - 5.1.1961/ S.
162 ff., Boppard 1961
- Bindokat, Die erschlichene Bekanntgabe des
Berufsgeheimnisses
NJW 1954/ S. 865
Negative Beihilfe und vorausgegan-
genes Tun
NJW 1960/ S. 2318 f.
- Bockelmann, Die moderne Entwicklung der Begriffe
Täterschaft und Teilnahme im Straf-
recht in
Deutsche Beiträge zum VII. interna-
tionalen Strafrechtskongress
Sonderheft der Zeitschrift für die
gesamte Strafrechtswissenschaft
Köln 1957
Über das Verhältnis der Hehlerei
zur Vortat
NJW 1950/ S. 850 ff.
Über das Verhältnis von Täterschaft
und Teilnahme
Göttingen 1949
Nochmals über das Verhältnis von
Täterschaft und Teilnahme
GA 1954/ S. 193 ff.
Zum Problem der Meineidsbeihilfe
durch Unterlassen
NJW 54/697 ff.

- Börker, Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat
JR 1953/ S. 166 ff.
- Borchert, Alkoholdelikte im Straßenverkehr
Kriminologische Untersuchungen im Landgerichtsbezirk Verden (Aller)
in den Jahren 1952 - 1957
Bonn 1960 (Dissertation)
- v.Brauchitsch, Verwaltungsgesetz für Preußen
2.Bd. 1. Halbband,
Polizeiverwaltungsgesetz 1932
- Brüggemann, Haftung des Mitfahrers bei Verkehrsunfällen
RdK 1953/ S. 89 ff.
- Bruns, Zur neuesten Rechtsprechung über die Strafbarkeit der Volltrunkenheit
JZ 1958/ S. 105 ff.
- Cramer, Teilnahmeprobleme im Rahmen des § 330a
GA 1961/ S. 97 ff.
- Dahm, Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 6.3.1959
MDR 1959/ S. 508
- Dalcke, Strafrecht und Strafverfahren
35. Auflage, Berlin und München 1950
- Dallinger, Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen,
MDR 1954/ S. 333 ff.
- Dreher-Massen, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen
3. Auflage, München und Berlin 1959
- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht
6. Auflage, Berlin-Köln-München 1952 und 7. völlig neu bearbeitete Auflage 1961
- Dürig, Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 9.6.1961
NJW 1961/ S. 1831
- Elbel, Trunkenheit und Verkehrsunfälle
Hamburg 1954
Alkohol, Verkehrsunfall und Verkehrstod.
Eine statistische Untersuchung.
Hamburg 1958

- Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken in
Festgabe für Frank Bd.I S.569 ff.
Tübingen 1930
- Faltelhausen, Die strafrechtliche Verantwortlich-
keit des Kraftfahrers bei Nebentä-
terschaft
Erlangen 1932 (Dissertation)
- Floegel-Hartung, Straßenverkehrsrecht
13. Auflage, München-Berlin 1961
- Fossel, Leitfaden der gerichtlichen Medi-
zin
Wien 1952
- Francke, Gedanken zur Strafzumessung bei
Trunkenheit am Steuer
DAR 1955/ S. 212 ff.
- Frank, Das Strafgesetzbuch für das
Deutsche Reich
18. Auflage, Tübingen 1931
- Friedrichs, Polizeiverwaltungsgesetz
vom 1. Juni 1931, 2. Auflage,
Berlin 1932
- Gallas, Anmerkung zum Urteil des BGH vom
12.2.1952
JZ 1952/ S. 371 ff.
- Geilen, Garantenpflicht aus ehelicher und
eheähnlicher Gemeinschaft
Fam.RZ 1961/ S. 147
- Gerland, Der Rauschmittelmißbrauch nach
§ 330a StGB
ZStW 55/ S. 784 ff.
- Giese, Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland
4. Auflage, Frankfurt 1955
- Graf, Aus der Praxis zur Rauschtat
DRiZ 1934/ S. 235 ff.
- Gramsch-Flor, Versuch und Teilnahme beim Rausch-
mittelmißbrauch nach § 330a StGB
JW 1938/ S. 779 ff.
- Gülde, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle
vom 20.8.1952
DAR 1952/ S. 157 ff.
- Händel, Alkoholbedingte Verkehrsgefährdung
Hamm 1958
- Hartung, Anmerkung zum Urteil des BGH vom
25.1.55
JR 1955/ S. 348

- Anmerkung zum Urteil des OLG Celle
vom 25.6.1958
JR 1958/ S. 390 ff.
- Anmerkung zum Beschluß des BGH
vom 25.11.1959
NJW 1960/ S. 924
- Heinitz, Anmerkung zum Urteil des BGH vom
25.2.1954
JR 1954/ S. 269 f.
- Helisch, Die Rauschtaten im Landgerichtsbe-
zirk Koblenz unter besonderer Be-
rücksichtigung der Alkoholdelikte
in den Landkreisen Neuwied und St.
Goar in den Jahren 1950 - 1954
Bonn 1957 (Dissertation)
- Hoppe, Der durch die Alkoholkriminalität
verursachte Schaden
ZStW 28/ S. 89 ff.
- Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd.I
6. Auflage, Berlin und Frankfurt
1959
- Hülle, Anmerkung zum Urteil des BGH -
4 StR 417/52
LM Vorbemerkung Nr. 5 vor § 47 StGB
- Jacobi, Mitverantwortlichkeit Dritter für
Verkehrsdelikte betrunkenen Kraft-
fahrer
Vers.Wirtsch. 1950/ S. 512 ff.
- Jellinek, Verwaltungsrecht
3. Auflage, Offenburg 1948
- Kaiser, Zur Gültigkeit der §§ 71 StVZO und
49 StVO
NJW 1962/ S. 525
- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen
und Nebengesetzen
42. Auflage, Berlin 1959
- Lange, Zur Teilnahme an unvorsätzlicher
Haupttat
JZ 1959/ S. 560 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH -
4 StR 417/52 -
JZ 1953/ S. 408 ff.
- Anmerkung zum Urteil des OLG Olden-
burg vom 10.4.1951
JZ 1951/ S. 461
- Der gemeingefährliche Rausch
ZStW 59/ S. 573 ff.

- Laves, u.a. Der Straßenverkehrsunfall
Stuttgart 1956
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
1.Bd., 8. Auflage, Berlin 1957 und
2.Bd., 8. Auflage, Berlin 1958
- v.Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Strafrechts
26. Auflage, Berlin-Leipzig 1932
- Löffler, Alkohol und Verbrechen
ZStW 23/ S. 509 ff.
- Martin, Die Rechtsprechung des BGH in Ver-
kehrsstrafsachen
DAR 1959/ S. 57 ff.
- Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz
München-Berlin 1961
- Maurach, Schuld und Verantwortung im Straf-
recht
Wolfenbüttel-Hannover 1948
Deutsches Strafrecht Allgemeiner
Teil Karlsruhe 1954
und 2. Auflage, Karlsruhe 1958
Deutsches Strafrecht Besonderer
Teil, 3. Auflage, Karlsruhe 1959
- Mayer, Die folgenschwere Unmäßigkeit
ZStW 57/ S. 283 ff.
- Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil
Stuttgart 1953
- Meyer, "Verkehrsgefährdung als Unfall-
ursache" in
"Folgenlose Verkehrsgefährdung als
Massenerscheinung" -
Diskussionsveranstaltung des Kura-
toriums "Wir und die Straße" in
Wiesbaden vom 3. - 5.1.1961/ S. 17 ff.
Boppard 1961
- Mezger, Strafrecht I Allgemeiner Teil -
Studienbuch - 9. Auflage,
München und Berlin 1960
Anmerkung zum Urteil des RG vom
15.1.1940
DR 1940/ S. 637
Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik
Berlin - München 1950
Teilnahme an unvorsätzlichen Hand-
lungen
JZ 1954/ S. 312 ff.

- Michaelis, Kinder und Verkehrsunfälle
Darmstadt 1962
- Michel, Das Gaststättengesetz vom 28.4.1930
4. Auflage, Köln - Berlin 1952
- Middendorf, Soziologie des Verbrechens
Düsseldorf-Köln 1959
600 Alkoholtäter
Hamburg 1961
- Müller, Straßenverkehrsrecht
21. Auflage, Berlin 1959
- Nagler, Die Problematik der Begehung
durch Unterlassung
GS 111/ S. 1 ff.
- Niederreuther, Zur Anwendung des § 330a StGB
GS 114/ S. 323 ff.
- Niese, Die Rechtsprechung des BGH
in Strafsachen
JZ 1955/ S. 320 ff.
- Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch
12. Auflage, Berlin 1942
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
- Peters, Karl Strafprozeß
Karlsruhe 1952
Grundprobleme der Kriminalpädagogik
Berlin 1960
Betrachtungen zur Strafrechtsreform,
Sonderveröffentlichung der "Caritas"
Zeitschrift für Caritasarbeit und
Caritaswissenschaft
Freiburg 1956
- Peters, Karl-Lang- Grundfragen der Strafrechtsreform
Hinrichsen, Paderborn 1959
- Redelberger, Strafrechtliche Verantwortlichkeit
der Wirte bei Rauschdelikten
NJW 1952/ S. 921 ff.
- Rietdorf, Kommentar zum Ordnungsbehördenge-
setz von NRW
Stuttgart - München - Hannover 1957
- Sauer, Das Unterlassungsdelikt.
Seine Stellung im Gefährdungs- und
im Willensstrafrecht
GS 114/ S. 279 ff.

- Sax, Der Begriff der "strafbaren Handlung" im Hohlereitattbestand (§ 259 StGB)
MDR 1954/ S. 66 ff.
- Seebohm, Folgenlose Verkehrsgefährdung in
"Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung"
Diskussionsveranstaltung des Kuratoriums "Wir und die Straße" in Wiesbaden vom 3. - 5.1.1961/ S.13 ff.
Boppard 1961
- Senger-Kurzmann, Kommentar zum Ordnungsbehördengesetz von NRW, Köln 1957
- Schäfer-v.Dohnanyi, Die Strafgesetzbgebung der Jahre 1931-35, Tübingen 1936 (Nachtrag zu Frank, das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931
- Schäfer-Richter-Schafheutle, Die Strafgesetznovellen von 1933 und 1934
Berlin 1934
- Schäfer-Wagner-Schafheutle, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung
Berlin 1934
- Scheer-Bartsch, Das Polizeiverwaltungsgesetz Ein Leitfaßen
Berlin 1936
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Bd. I Göttingen 1952
Der Arzt im Strafrecht
Leipzig 1939
- Schmidt, Fritz Verantwortlichkeit der Wirte bei Rauschdelikten
NJW 1952/ S. 1122 ff.
- Schmidt-Leichner, Die **Krise** der Verfassungsmäßigkeit verkehrsrechtlicher Vorschriften
NJW 1962/ S. 513 ff.
- Schönke-Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch 10. Auflage, München-Berlin 1961
- Schumacher, Zur Frage der Verantwortlichkeit des Wirtes für einen durch Alkohol verursachten Verkehrsunfall
DAR 1939/ S. 169

- Schwarz, Kommentar zur Strafprozeßordnung
22. Auflage, München 1959
- Schwarz-Dreher, Kommentar zum Strafgesetzbuch
23. Aufl., München-Berlin 1961
- Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz
Tübingen 1960
- Tröndle, Zur Frage der Teilnahme an unvor-
sätzlicher Haupttat
GA 1956/ S. 129 f.
- Trubel, Das preußische Polizeiverwaltungs-
gesetz
4. Auflage, Hamburg 1952
- v. Weber, Die Bestrafung der Volltrunkenheit
GA 1958/ S. 257 ff.

Anmerkung zum Urteil des LG Heil-
bronn vom 3.2.1954
NJW 1954/ S. 922 ff.

Anmerkung zum Urteil des BGH -
4 StR 417/52 - NJW 1953/ S.1072 ff.
- Wegner, Strafrecht Allgemeiner Teil
Göttingen 1951
- Weigelt, Streiflichter
DAR 1953/ S. 210

Streiflichter
DAR 1953/ S. 225
- Weis, Die Bedeutung des Alkohols im Stra-
ßenverkehr
in
Polizei- und Verkehrsunterricht, Be-
richt der Arbeitstagung im Polizei-
institut Hiltrup 1954/ S. 160 ff.
Bonn 1954
- Weis-Taschen, Alkohol und Straßenverkehr
Köln 1954
- Welzel, Anmerkungen zum Urteil des OLG
Karlsruhe vom 15.10.1959
JZ 1960/ S. 178

Zur Dogmatik der echten Unterlassungs-
delikte insbesondere des § 330c
NJW 1952/ S. 327 ff.

Anmerkung zum Urteil des BGH vom
1.10.53
JZ 1953/ S. 762

Das Deutsche Strafrecht
6. Auflage, Berlin 1956 und
7. Auflage 1960

Studien zum System des Strafrechts
ZStW 58/ S. 491 ff.

Werner,

Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 25.1.1955
LM Nr. 26 zu § 222 StGB

Weyrich,

Alkohol und Straßenverkehrsunfälle
in Lande Südbaden
DMW 1957/ S. 1100 ff.

Wolff,

Das Verfahren bei Freiheitsentziehung
DÖV 1951/ S. 313

Abkürzungsverzeichnis.

Bay.ObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, zitiert nach Bänden
BGHZ	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, zitiert nach Bänden
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DAR	Deutsches Autorecht
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRspr.	Deutsche Rechtsprechung (Entscheidungssammlung)
DÖV	Deutsche Öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
FamRZ	Familienrechtszeitschrift - Ehe und Familie
GA	Goldtammers Archiv für Strafsachen
GG	Grundgesetz
GS	Der Gerichtssaal
Gr.Str.Sen.	Großer Strafsenat
GVBl	Gesetz- und Ordnungsblatt
Hans.OLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JMB1	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LK	Leipziger Kommentar

LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlage- werk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NdsRpflg	Niedersächsischer Rechtspfleger
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OBG	Ordnungsbehördengesetz
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
POG	Polizeiorganisationsgesetz
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
RdK	Das Recht des Kraftfahrers
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, zitiert nach Bänden
RGZ	Die Rechtsprechung des Reichsge- richts in Zivilsachen, zitiert nach Bänden
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung
Schäfer, Nach- trag Frank	Schäfer-v.Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931- 35, Tübingen 1936 (Nachtrag zu Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18. Auflage, Tübingen 1931)
SchlHA	Schleswig-Holsteinischer Anzeiger Justizministerialblatt für das Land Schleswig-Holstein
VAE	Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen
Verk.D.	Der Verkehrsdienst Informationsschrift der Zulassungs- stellen, Polizeidienststellen und Verkehrsbehörden
Verk.Mitt.	Verkehrsrechtliche Mitteilungen
Vers.R.	Versicherungsrecht

Vers.Wirtsch.

Versicherungswirtschaft

VkBl.

Verkehrsblatt, Amtsblatt des Bundes-
ministers für Verkehr

VRS

Verkehrsrechtssammlung, zitiert nach
Bänden

ZStW

Zeitschrift für die gesamte Straf-
rechtswissenschaft

Vorwort.

Mit der Strafbarkeit außenstehender Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer befaßt sich eine verhältnismäßig geringe Anzahl von strafgerichtlichen Entscheidungen. Außerdem können diese naturgemäß nur auf die jeweils zur Entscheidung stehende Einzelfrage eingehen. Eine ausführliche, systematische Untersuchung haben die hier auftretenden rechtlichen Fragen bisher nicht erfahren. Die vorliegende Arbeit stellt somit kein kritisches Abwägen mehrerer ausgebauter Rechtsmeinungen dar, sondern kann nur als Versuch angesehen werden, die Rechtsverhältnisse Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer dogmatisch und systematisch in einer zusammenfassenden Darstellung zu erfassen.

I. Einleitung.

Die Bedeutung der Alkoholdelikte im Straßenverkehr und die Haltung der Ermittlungsbehörden bei der Aufklärung des Sachverhaltes, insbesondere im Hinblick auf die Verantwortlichkeit dritter Personen.

Mit zunehmender Motorisierung ist auch die Bedeutung des Alkohols als Unfallursache bei den Verkehrsdelikten gestiegen und teilweise sogar in den Brennpunkt des öffentlichen Interesses gerückt. Die Frage des Alkoholdeliktens nimmt in der Tagespresse, in der Verkehrserziehung, in der Rechtsprechung und auf allen Gebieten, die sich mit der Unfallverhütung befassen, einen außerordentlich breiten Raum ein. Zu Recht wendet man sich zum Teil gegen die Überbetonung des Alkohols als Unfallursache und weist darauf hin, daß andere, ebenfalls gefährliche Tatbestände im Straßenverkehr nicht genügend Beachtung finden. Man begründet dies damit, daß weitaus die Mehrzahl der Unfälle von absolut nüchternen Verkehrssündern begangen werden. Es genügt für eine wirksame Unfallverhütung keineswegs, aus dem weiten Bereich menschlichen Fehlverhaltens im Verkehr etwa nur den Schwerpunkt Alkohol zu betrachten ¹⁾.

1) vgl. Meyer, S. 22,35; Middendorf, S. 158; Francke, DAR 55/212 ff; Über die Bedeutung der Alkoholdelikte im Straßenverkehr in kriminologischer Hinsicht sowie zur Frage, welchen Anteil die reinen Alkoholunfälle am gesamten Unfallgeschehen im Straßenverkehr haben, vgl.: Hoppe, ZStW 28/89 ff.; Löffler, ZStW 23/509 ff.; Aschaffenburg, ZStW 20/80 ff.(83); Helisch, S. 84; Borchert, S.36,160; Elbel, Alkohol, Verkehrsunfall und Verkehrstod S.2 ff., ders. Trunkenheit und Verkehrsunfälle S.5; Händel, S. 12 ff.; Middendorf, 600 Alkoholtäter, S. 32; Weyrich, DMW 57/S. 1100 ff.; Weis, S. 161; Weis-Taschen, S.27; Fossel, S.73; Michaelis, S.99; Laves, u.a. S. 237

Dennoch ist die Bedeutung des Alkohols als Unfallursache so groß ¹⁾, daß es erforderlich erscheint, auch die Fälle zu untersuchen, in denen eine Bestrafung Dritter im Sinne der vorliegenden Untersuchung wegen Beteiligung an den Straftaten des Fahrzeugführers erfolgen kann.

Wird durch einen betrunkenen Kraftfahrer ein Verkehrsunfall verursacht, so sind die Polizeidienststellen zwar bemüht, im Rahmen der Aufklärung des Sachverhalts den Grad der alkoholischen Beeinflussung und das daraus resultierende fehlerhafte Verhalten des Kraftfahrers zu ermitteln. Es wird daher eine Alkoholblutprobe veranlaßt, und man trifft über die Menge des genossenen Alkohols sowie den Zeitpunkt des Alkoholgenusses die erforderlichen Feststellungen. Dagegen wird nur sehr selten die Frage aufgeworfen und die Prüfung darauf erstreckt, ob nicht außer dem betrunkenen Kraftfahrer auch Personen seiner Umgebung für den Verkehrsunfall oder auch für das Delikt der schlichten Trunkenheit im Verkehr ohne Eintritt eines schädlichen Erfolges (§ 2 StVZO) zur Verantwortung gezogen werden können ²⁾.

Die geringe Zahl ³⁾ der sich mit diesen Problemen beschäftigenden Entscheidungen der Gerichte ist nicht etwa darauf zurückzuführen, daß eine strafrechtliche Beteiligung Dritter nur selten nachzuweisen ist, sondern im wesentlichen

1) vgl. die auf der Vorseite in Anmerkung 1) aufgeführten Zitate

2) Jacobi, Vers. Wirtsch. 50/512

3) Es ist sehr bezeichnend, daß Borchert, S. 91 in einem Beobachtungszeitraum von 6 Jahren in dem von ihm untersuchten Landgerichtsbezirk Verden nur von einem Fall zu berichten weiß, in dem ein außenstehender Dritter wegen der Beteiligung an dem Verkehrsdelikt eines betrunkenen Kraftfahrers bestraft worden ist.

darauf, daß sowohl die Polizei als auch die Staatsanwaltschaft in Folge der auf diesem Gebiete herrschenden großen Rechtsunsicherheit nur mit Scheu gegen Dritte, z.B. Mitfahrer, Gastwirte, private Gastgeber oder gar Polizeibeamte vorgehen ¹⁾).

Eine Verantwortlichkeit Dritter kann aber gerade bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer aus vielen Gründen gegeben sein, wie die vorliegende Untersuchung zeigen soll. Außerdem ist die Schuld dieses Personenkreises im Einzelfall unter Umständen größer als die des Kraftfahrers.

Im Rahmen der Bestrebungen, die steigende Unfallkurve nicht nur durch mahnende Worte, sondern durch aktives Tun zum Absinken zu bringen, ist es durchaus erforderlich, daß diesem Gesichtspunkt der Mitverantwortlichkeit Dritter insbesondere von Seiten der Strafverfolgungsbehörden größere Aufmerksamkeit zugewandt würde, als dies im Augenblick durchweg der Fall ist.

Geht man bei der Ermittlung von Verkehrsunfällen, die durch Alkohol verursacht worden sind, in der hier vorgeschlagenen Richtung vor, so wird man überrascht sein, wieviel hier aus falscher Freundschaft und mangelndem Verantwortungsgefühl gefehlt wird. So sehr man auch im übrigen bedauern muß, daß sich das Strafrecht in übermäßiger Weise ausdehnt und daß diese Ausdehnung neuerdings durch das Straßenverkehrsrecht hervorgerufen wird, so muß doch andererseits betont werden, daß die hier untersuchten Straftaten nicht zu den Bagatelldelikten des Straßenverkehrs zählen, sondern in Folge ihres in der

1) vgl. im einzelnen unten III Bes. Teil

Regel hohen Schuldgehaltes durchaus ihren Platz im Strafrecht zu Recht einnehmen ¹⁾.

II. Übersicht über die von Kraftfahrern typischerweise begangenen Straftaten, bei denen der Alkoholeinfluß eine Rolle spielt.

1. Schlichte Trunkenheit im Verkehr
(§§ 2 StVZO, 21 StVG).

Der betrunkene Kraftfahrer selbst, der in fahruntüchtigem Zustand ein Kfz im öffentlichen Straßenverkehr führt, ohne in Folge seiner Fahruntüchtigkeit Leib oder Leben eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert zu gefährden, verstößt gegen § 2 StVZO. Nach dieser Vorschrift darf man am öffentlichen Verkehr nicht teilnehmen, wenn man sich in Folge körperlicher oder geistiger Mängel nicht sicher im Verkehr bewegen kann. Die Strafe für einen Verstoß gegen diese Vorschrift wurde bisher dem § 71 StVZO entnommen.

Das Bundesverfassungsgericht hat durch Urteil vom 3.7.1962 ²⁾ entschieden, daß § 71 StVZO in vollem Umfang, also nicht nur, soweit er Haftstrafe androht, gegen Art. 103 Abs. 2 und Artikel 104 Abs. 1 Satz 2 GG verstößt und daher nichtig ist.

In der genannten Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sich seine Entscheidung nur auf § 71 StVZO bezieht, nicht auf § 21 StVG. Durch Beschluß vom

-
- 1) vgl. Karl Peters, Betrachtungen zur Strafrechtsreform S. 9, 10; Einzelheiten zur Begrenzung des Strafrechts vgl.: Karl Peters in Peters-Lang-Hinrichsen, S. 13-52
- 2) BVerfG NJW 62/1339; -vgl. zum Rechtszustand vor der Entscheidung des BVerfG: Dürig, NJW 61/1831; Schmidt-Leichner, NJW 62/513 ff.; einstweilige Anordnung des BVerfG NJW 62/443; Maunz-Dürig, Art. 104, Anm. 14 u. 15; Wolff DÖV 51/313; Giese, Art. 104 Anm. II 1, einerseits - andererseits OLG Düsseldorf NJW 61/1831; OLG Frankfurt NJW 62/456; Bay. ObLG NJW 62/453; Kaiser NJW 62/525

25.7.1962 ¹⁾ hat das Bundesverfassungsgericht sodann entschieden, daß § 21 StVG mit dem Grundgesetz vereinbar ist, soweit er Zuwiderhandlungen gegen die über den Straßenverkehr zur Erhaltung der Ordnung und Sicherheit auf den öffentlichen Wegen oder Plätzen erlassenen Rechtsverordnungen mit Strafe bedroht. Bei der Suche nach einer gültigen Strafnorm kann daher auf § 21 StVG zurückgegriffen werden, wenn ein betrunkenener Kraftfahrer der Vorschrift des § 2 StVZO zuwiderhandelt. Im übrigen ist es für die vorliegende Untersuchung letztlich ohne entscheidende Bedeutung, aus welcher Vorschrift die Strafe bei einem Verstoß gegen § 2 StVZO zu entnehmen ist; im Rahmen dieser Arbeit wird lediglich die Frage erörtert, wer den Straftatbestand des § 2 StVZO, dessen Verfassungsmäßigkeit nicht angezweifelt wird, erfüllen kann.

Da auch die schlichte Trunkenheit am Steuer eine beachtliche Gefahrenquelle im Verkehr darstellt, sollte nach dem Entwurf 1960 zum Strafgesetzbuch der Tatbestand der Trunkenheit im Verkehr von einer bloßen Übertretung (§§ 2 StVZO, 21 StVG) in ein Vergehen umgewandelt werden. Der Entwurf 1962 sieht eine Strafvorschrift für die schlichte Trunkenheit im Verkehr nicht mehr vor, weist vielmehr darauf hin, daß die Regelung dieser Frage den zu erwartenden neuen Vorschriften über die Bekämpfung des Alkohols im Straßenverkehr vorbehalten bleiben soll. In der amtlichen Begründung zu § 346 des Entwurfs 1960 wird darauf hingewiesen, daß die Zahl der Unfälle, bei denen einer der beteiligten Fahrer

1) NJW 62/1563

Alkohol genossen habe, von 1953 bis 1958 in ihrem Verhältnis zur Gesamtzahl dieser Unfälle um mehr als 50 % gestiegen sei. Abgesehen von der bloßen Umwandlung der Trunkenheit im Verkehr von einer Übertretung in ein Vergehen sieht der Entwurf noch folgende Neuerung vor: Er knüpft nicht mehr wie § 2 StVZO an den "Verkehrsteilnehmer", sondern ebenso wie § 315a Abs.1 Ziff.2 StGB an den Begriff des "Führers" an. § 346 des Entwurfes 1960 hat folgenden Wortlaut: " Wer vorsätzlich oder fahrlässig im Verkehr ein Fahrzeug führt, obwohl er in Folge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer Rauschmittel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr, mit Straftaft oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht nach den §§ 342 - 344 mit Strafe bedroht ist."

Die Bestrafung eines Mitfahrers als Nebentäter nach der genannten Vorschrift würde dadurch für den Regelfall unmöglich gemacht. Ein Mitfahrer wird nämlich in der Regel nicht als "Führer" angesehen werden können. Ebenso wie es bisher schon fast unmöglich war, einen Mitfahrer als Nebentäter einer Straßenverkehrsgefährdung gemäß § 315a Abs.1 Ziff.2 StGB wegen der Anknüpfung dieser Vorschrift an den Begriff des "Führers" zu bestrafen ¹⁾, wird eine Nebentäterschaft des Mitfahrers hinsichtlich der schlichten Trunkenheit im Verkehr ausscheiden.

1) vgl. im einzelnen unten III Bes.Teil baa (bbl)

2. Vorsätzliche und fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung
(§§ 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB).

Führt ein betrunkenener Kraftfahrer in fahruntüchtigem Zustande im öffentlichen Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug und gefährdet er in Folge seiner Fahruntüchtigkeit Leib oder Leben eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert, so wird er nach geltendem Recht auf Grund der §§ 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB bestraft.

In der Praxis der Staatsanwaltschaften erfolgt fast ausschließlich Anklage wegen fahrlässiger Straßenverkehrsgefährdung. § 315 a Abs.1 Ziff.2 stellt die vorsätzliche, § 316 Abs.2 die fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung unter Strafe. Es ist allgemeine Ansicht, daß das Begriffsmerkmal der "Gemeingefahr" vom Vorsatz umfaßt sein muß, wenn eine Zuwiderhandlung gegen § 315 a Abs.1 in Betracht kommen soll ¹⁾. Es reicht daher nach der herrschenden Ansicht zur Bestrafung wegen vorsätzlicher Straßenverkehrsgefährdung nicht aus, wenn außer der Gemeingefahr nur die übrigen Tatbestandsmerkmale vom Vorsatz umfaßt werden ²⁾. Mit Recht weist Baumann ³⁾ darauf hin, daß nur sehr optimistische Staatsanwälte nach § 315a StGB anklagen, weil in der Regel doch höchstens § 316 Abs.2 herauskommt. Es ist jedoch zu beachten, daß § 315a Abs.1 Ziff.2 in seinem ersten Teil den Grundtatbestand des § 2 StVZO enthält, nämlich die Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs und zusätzlich die Herbeiführung einer Gemein-

1) Floegel-Hartung, S.1646; OLG Celle Nds.Rpfl. 57/137 und MDR 57/758 sowie VRS 15/417; BGH NJW 60/924

2) § 315a III; OLG Köln NJW 60/1213

3) in "Folgenlose Verkehrsgefährdung als Masenerscheinung" S. 171

gefahr. Die Herbeiführung der Gemeingefahr ist als bloße Erfolgsqualifizierung der schlichten Trunkenheit im Verkehr anzusehen. Bei § 315a Abs.1 Ziff.2 StGB handelt es sich um einen durch Fahrlässigkeit qualifizierten Vorsatztatbestand, da auch die schlichte, nicht durch Gefährdung qualifizierte Trunkenheit am Steuer gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG strafbar ist ¹⁾. Es ist unerheblich, daß in § 315a Abs.1 Grundtatbestand und Erfolgsqualifizierung in einer Vorschrift zusammengefaßt sind, statt, wie üblich, in getrennten Bestimmungen (vgl. §§ 223, 226 StGB). Es ist weiterhin unwesentlich, daß in § 315 a Abs.1 Ziff.2 die Qualifizierung nur in einer Gefahr und nicht in einem bereits eingetretenen schädlichen Erfolg besteht. Derartige aus Handlung und Gefahr zusammengesetzte Straftatbestände sind dem Strafrecht nicht fremd. Zu denken ist z.B. an § 100 c Abs.1 StGB: Hiernach ist die vorsätzliche Offenbarung eines Staatsgeheimnisses strafbar, wenn dadurch die Gefährdung des Staatswohls fahrlässig verursacht wird ²⁾. Weiterhin sei auf § 62 des Militärstrafgesetzbuches in der Fassung vom 10. Oktober 1940 (RGBl I S. 1347) hingewiesen, der folgenden Wortlaut hat: Wer im Feld eine Dienstpflicht vorsätzlich verletzt und dadurch fahrlässig bewirkt, daß die Unternehmungen des Feindes gefördert werden oder den deutschen oder verbündeten Truppen Gefahren oder Nachteile bereitet werden, wird mit ... bestraft. Hinsichtlich der Gemeingefahr in § 315a Abs.1 Ziff.2 genügt somit in entsprechender Anwendung des § 56 StGB Fahrlässigkeit ³⁾.

1) vgl. Maurach, Allg. Teil (1954) § 45 I B

2) vgl. hierzu Schönke-Schröder, § 100c, II

3) Peters, Karl, Kriminalpädagogik, S. 309
Anm. 606

Der Entwurf 1962 schafft im § 345 Abs.1 einen dem bisherigen § 315a Abs.1 Ziff.2-4 völlig entsprechenden Tatbestand. Von der Beseitigung des Begriffes "Gemeingefahr" abgesehen, der ersetzt wird durch "Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert", ist der Tatbestand gleich geblieben. Lediglich die Ziffer 1 des Absatzes 1 des § 345 faßt die Ziff. 2 und 3 des § 315a Abs.1 StGB unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zusammen. § 345 Abs.1 Ziff.1 des Entwurfes hat folgenden Wortlaut:

" Wer im Straßenverkehr ein Fahrzeug führt, obwohl er in Folge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer Rauschmittel oder in Folge anderer geistiger oder körperlicher Mängel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen, und dadurch Leib oder Leben eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet, wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft."

Hinsichtlich der Bestrafung eines Mitfahrers als Nebentäter nach der genannten Vorschrift werden sich daher keine neuen Gesichtspunkte gegenüber dem bisher geltenden Rechtszustand ergeben:

Die zur Zeit geltende Vorschrift und die Vorschrift des Entwurfes knüpfen beide an den Begriff des "Führers" an und erschweren daher in gleicher Weise die Bestrafung eines Mitfahrers als Nebentäter einer fahrlässigen Straßenverkehrsgefährdung ¹⁾.

3. Fahrlässige Tötung und fahrlässige Körperverletzung (§§ 222, 230 StGB).

Zu den von einem betrunkenen Kraftfahrer typi-

1) vgl. unten III Bes.Teil baa (bbl) und b bb (bbl)

scherweise begangenen Straftaten gehören auch häufig die Tötung oder körperliche Verletzung anderer Verkehrsteilnehmer oder auch von Insassen des von dem Betrunkenen gelenkten Fahrzeugs. Ist der Fahrer in einem solchen Falle auch fahruntüchtig im Sinne der unter Ziffer 2 genannten Vorschriften, so tritt das Delikt der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung in der Regel in Idealkonkurrenz (§ 73 StGB) zur fahrlässigen Straßenverkehrsgefährdung.

4. Volltrunkenheit und actio libera
in causa (§ 330a StGB)
Bedeutung des § 330a StGB.

Über den Grundgehalt des § 330a StGB besteht weitgehend Uneinigkeit.

Nach der einen Meinung ¹⁾ enthält § 330a StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt, zu dem als Bedingung der Strafbarkeit eine mit Strafe bedrohte Handlung kommen muß. Grund der Strafbarkeit ist die Gefährlichkeit des Vollrausches, die sich aus der Enthemmung des Berauschten und der Verminderung seines Einsichts- und Unterscheidungsvermögens ergibt.

Der Rauschzustand stellt nach dieser Ansicht eine Gefahr für die Allgemeinheit dar, die sich jederzeit zu schädlichen Handlungen des Volltrunkenen auswirken kann.

Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, § 330a StGB stelle ein konkretes Gefährdungsdelikt dar. Lange ²⁾ meint, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal sei die Gemeingefährlichkeit des Rauschtäters, während die Rechtsprechung ³⁾ auf den

1) Schönke-Schröder, § 330a I; BGHSt 1/277; BGH VRS 7/310; BGH NJW 62/1830

2) ZStW 59/577

3) BGHSt 10/251; BGH VRS 7/310, 17/340

konkreten gefährlichen Rauschzustand abstellt.

Die verschiedenen Auffassungen über den Grundgehalt des § 330a StGB beruhen offenbar darauf, daß die Begehung der "mit Strafe bedrohten Handlung" im Rausch, - also an sich unter den Voraussetzungen des Ausschlusses der Zurechnungsfähigkeit gemäß § 51 Abs. 1 StGB, - vom Gesetz als bloße objektive Bedingung der Strafbarkeit behandelt wird. Dadurch verschiebt sich auf den ersten Blick der Unrechtsgehalt von der Rauschtat in die zeitlich davorliegende "vorsätzliche oder fahrlässige" Selbstberauschung¹⁾.

Demgemäß betrachtet Mayer²⁾ den § 330a StGB als erfolgsqualifiziertes Delikt. Der Grundtatbestand soll die Berauschung sein, die Erfolgsqualifizierung sieht er in der im Rausch begangenen mit Strafe bedrohten Handlung. Dem steht jedoch entgegen, daß bei den erfolgsqualifizierten Delikten der Grundtatbestand bereits eindeutig eine rechtswidrige mit Strafe bedrohte Handlung darstellt. Das bloße Sichberauschen im Rahmen des § 330a StGB stellt jedoch für sich allein kein unter Strafe gestelltes Delikt dar. Eine Qualifizierung setzt jedoch voraus, daß ein tatbestandsmäßiges, rechtswidriges Grunddelikt vorhanden ist³⁾.

Eine befriedigende Deutung des Wesens des § 330a StGB ergibt sich aus der Berücksichtigung folgender Punkte:

§ 330a will ausschließen, daß der Täter schuldhaft einen Zustand herbeiführt, der ihm im Falle einer Rauschtat Straffreiheit verschafft.

Aufgabe des § 330a ist es mithin, dem Täter,

1) vgl. hierzu Maurach, Schuld und Verantwortung, S. 108 ff.

2) ZStW 59/283 ff. (334)

3) Maurach, Schuld und Verantwortung, S. 108 ff.; Welzel, ZStW 58/491 ff. (bes. S. 522 Anm.44 und Lehrbuch S. 388)

der seine Zurechnungsfähigkeit schuldhaft ausschließt, die Möglichkeit zu nehmen, sich auf diese Unzurechnungsfähigkeit zu berufen. Die Vorschrift hätte daher an sich ihren richtigen Platz im Allgemeinen Teil des StGB im Anschluß an § 51 gefunden ¹⁾. Bei der Bestrafung des Vollrausches gemäß § 330a StGB handelt es sich daher im Grunde um eine Bestrafung der Rauschtat, um eine Erweiterung der Verantwortlichkeit bei Begehung von Straftaten in einem selbstverschuldeten Zustand der Unzurechnungsfähigkeit ²⁾. Diese Auffassung entspricht auch dem häufig verwendeten Rechtsgedanken, daß entschuldigende Situationen nur dann rechtlich wirksam sind, wenn sie nicht durch ein Verschulden des Täters herbeigeführt worden sind ³⁾. Das gilt z.B. beim Notstand des § 54 StGB, bei den Grundsätzen der Pflichtenkollision und beim Verbotsirrtum, der nur als unvermeidbarer Irrtum entschuldigt. Der Täter betrinkt sich somit auf eigene Gefahr, nicht auf die Gefahr der Gemeinschaft oder anderer Menschen. Die Rauschtat wird dem Betrunkenen vorgeworfen, weil er sich schuldhaft berauscht hat.

Wenn aber der Grund für den Vorwurf der Rauschtat in der Vermeidbarkeit des Rausches liegt, dann ist es erforderlich, aber auch genügend, daß der Täter die Möglichkeit hatte, die Gefahr der Berauschung zu erkennen. - Die strafrechtliche Haftung für die Rauschtat wird jedoch zweifelhaft bei persönlichkeitsfremden Taten im pathologischen Rausch. Hier kann nämlich der Täter dem Vorwurf, er sei für den Rausch und des-

1) Maurach, a.a.O.

2) Peters, Karl, Strafprozeß, S.233,234; v.Weber, GA 58/261; Maurach, a.a.O.; ähnlich OLG Celle NJW 62/1833

3) v.Weber a.a.O.

halb auch für die Tat verantwortlich, entgegenhalten, daß er nicht mit derartigen Taten habe rechnen müssen und können. Hier kann man den Täter nur dann verantwortlich machen, wenn er außer dem Rausch auch dessen pathologische Form und damit auch seine kriminelle Gefährlichkeit gekannt hat oder kennen konnte¹⁾. Nur mit normalen Trunkenheitsexzessen muß und kann jeder rechnen. Mit dieser Einschränkung, die sich aus dem Schuldprinzip ergibt, kommt man auch zu angemessenen Ergebnissen, wenn man der Auffassung ist, § 330a enthalte im Grunde lediglich eine Erweiterung der Zurechnungsfähigkeit auf selbstverschuldeten Rausch.

Die hier dargelegte Auffassung vom Wesen des § 330a wird zudem gestützt durch die Vorschrift des § 330a Abs.3, wonach eine Verfolgung nur auf Antrag eintritt, wenn die im Rausch begangene Tat Antragsdelikt ist. Ferner rechtfertigt sich aus der hier vertretenen Auffassung § 330a Abs.2, wonach die Strafe nach Art und Maß nach derjenigen Strafe bestimmt wird, die für die im Rausch begangene Handlung angedroht ist.

§ 330a StGB ist daher seinem wahren Wesen nach kein selbständiger Straftatbestand.²⁾

Diese Auslegung erlaubt es auch dem Richter, den Angeklagten bei Unaufklärbarkeit des Trunkenheitsgrades nach der Beweisregel "in dubio pro reo" gemäß § 330a StGB zu bestrafen. Es würden sich nämlich dann nach der hier vertretenen Ansicht nicht verschiedene, einander ausschließende Tatbestandsverwirklichungen gegenüberstehen.

1) v. Weber, GA 58/261

2) Peters, Karl, Strafprozeß, S. 233/234; v. Weber, GA 58/261; Maurach, Schuld und Verantwortung, S. 108 ff.

Gegenstand der Verurteilung ist somit die tatbestandsmäßige Tat, unklar ist nur der Grad der Verantwortlichkeit ¹⁾. Der BGH ²⁾ neigt dazu, § 330a StGB als selbständigen Straftatbestand anzusehen. Er schließt jedoch aus dem Sinn des § 330a StGB, daß diese Vorschrift auch den Fall trifft, in dem der Richter nicht feststellen kann, ob die mit Strafe bedrohte Handlung im Zustand der Angetrunkenheit oder der Volltrunkenheit begangen wurde. In diesem Bereich soll § 330a StGB "Auffangsstrafdrohung" sein, die immer dann gelten soll, wenn der Betrunkene wegen der im Rausch begangenen Tat nicht aus der hierfür geltenden Strafvorschrift in Verbindung mit § 51 Abs.2 StGB bestraft werden kann. Diese Ausführungen des BGH zeigen jedoch, daß auch er letztlich § 330a StGB lediglich unter dem Gesichtspunkt der Erweiterung der Verantwortlichkeit bei selbstverschuldetem Rausch betrachtet.

Sind die unter Ziffer 1 - 3 genannten Straftaten im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit, also in sinnloser Trunkenheit begangen worden, so könnte man der Ansicht sein, daß an Stelle einer Bestrafung wegen Ziffer 1 bis 3 eine solche wegen Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung im Zustande der Volltrunkenheit trete (§ 330a StGB ³⁾).

Soweit jedoch die Rauschtat innerhalb des § 330a StGB in der Begehung der unter Ziffern 1 bis 3 genannten typischen Verkehrsdelikte besteht, liegt sehr häufig ein Fall der fahr-

1) Peters; Karl, a.a.O.; OIG Celle NJW 62/1833

2) BGHSt 9/390

3) so Jacobi, Vers.Wirtsch. 50/512

lässigen actio libera in causa vor, so daß die Anwendbarkeit des § 330a StGB ausgeschlossen ist. § 330a StGB ist z.B. unanwendbar, wenn der Täter im Rausch einen anderen mit einem Kfz körperlich verletzt, nachdem er sich in dem Bewußtsein, noch fahren zu müssen, in den Rausch versetzt hat. In einem solchen Falle wird der Täter vielmehr hinsichtlich des Unfallgeschehens nicht wegen einer im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit begangenen Rauschtat (§ 330a StGB), sondern nach den Grundsätzen der fahrlässigen actio libera in causa wegen fahrlässiger Körperverletzung in Tateinheit mit fahrlässiger Straßenverkehrsgefährdung in Folge Alkoholeinflusses (§§ 230, 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs.2, 73 StGB) bestraft ¹⁾. § 330 a StGB hat nämlich letztlich den Charakter einer Auffangstrafat ²⁾, die immer dann gelten soll, wenn der Täter wegen der im Rausch begangenen Tat nicht aus der dafür geltenden Vorschrift bestraft werden kann. Daraus ergibt sich, daß der Angriff auf ein konkretes verletztes Rechtsgut der Bestrafung wegen der allgemeinen Rauschgefährlichkeit vorgeht ³⁾.

1) vgl. hierzu OLG Köln NJW 60/1264; OLG Hamburg VRS 12/40; Niese, JZ 55/320 ff.; Schäfer-Wagner-Schafheutle, § 330a Anm.2; Kohlrausch-Lange, § 330a VIII 4; unrichtig insoweit BGHSt 4/20

2) BGH NJW 61/2028; Gr.Str.S. BGHSt 9/390

3) insoweit a.A. Lange ZStW 59/589: er ist der Auffassung, § 330a stelle gegenüber der Einzelverletzung in Form der actio libera in causa ein aliud, kein minus dar.

Hauptteil.

III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer.

A. Allgemeiner Teil - Teilnahme.

1. Teilnahme an unvorsätzlichen Straftaten.

a. Anstiftung und Beihilfe.

Soweit die hier in Rede stehenden Verkehrsdelikte betrunkenen Kraftfahrer ¹⁾ fahrlässig verwirklicht werden, ergibt sich die Frage, ob eine strafrechtliche Mitverantwortlichkeit Dritter in der Form von Anstiftung und Beihilfe möglich ist ²⁾:

Die eine Ansicht bejaht die Möglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlichen Straftaten in Form von Anstiftung und Beihilfe mit folgenden Argumenten ³⁾:

Nach der Neufassung der §§ 48, 49, 50 Abs. 1 StGB verlange das Gesetz begrifflich zwar nach wie vor eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige

1) vgl. oben II

2) zu der Frage, ob auch das spezielle Alkoholdelikt des § 315a Abs. 1 Ziff. 2 StGB in der Regel wirklich nur fahrlässig verwirklicht wird, wie die h.M.: BGH NJW 60/924; OLG Celle NdsRpflg. 57/137; KG VRS 12/110; Baumann, in "Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung" S. 171 - annimmt, vgl. oben II 2

3) Mezger in LK Vorbem. § 47 Anm. 7; derselbe JZ 54/312; Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. IX 3 c; Dahm, MDR 59/508; Lange, JZ 59/560 ff.; Kohlrausch-Lange, Bem. III A 4 vor § 47; Sax, MDR 54/69; BGHSt 4/355; 5/47; anders jetzt BGHSt 9/370 ff.

Handlung, jedoch nicht mehr die Schuld. Der Gesetzgeber hat nach dieser Ansicht den Begriff Schuld als Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit aufgefaßt und verwendet ¹⁾.

Eine Einschränkung des in § 50 Abs.1 StGB ausgesprochenen Grundsatzes könne auch nicht, so meint diese Ansicht, aus dem Wesen der Anstiftung hergeleitet werden; es sei andernfalls unverständlich, warum man in § 48 StGB den Begriff "strafbare", also schuldhaft, durch den der möglicherweise schuldlosen "mit Strafe bedrohten Handlung" ersetzt und § 49 entsprechend geändert habe. Das Wesen der Anstiftung sei die Verursachung des rechtswidrigen Verhaltens eines anderen; es sei daher unerheblich, auf Grund welcher Vorstellungen und mit welcher Willensrichtung der Angestiftete handle. Das gelte auch für die Beihilfe, die nur ein Mitwirken bei fremder Tat verlange.

Abgesehen von dieser Begründung, die vorwiegend auf dem Wortlaut des § 50 Abs.1 StGB fußt, versucht Mezger ²⁾ eine materielle Begründung der vorgenannten Ansicht. Er verlangt zwar auch für die Handlung des Haupttäters "objektive Finalität", trennt diese aber vom Vorsatz ab. Er versucht Bockelmanns ³⁾ Einwand, jede Handlung, die für das Strafrecht in Betracht komme, trage finalen Charakter, bei einer unvorsätzlichen Handlung ent falle daher die Möglichkeit der Feststellung einer "Handlung" im strafrechtlichen Sinne und es gebe daher auch keine Teilnahme, mit folgenden

1) BGHSt 4/355; 5/47

2) Mezger, JZ 54/312

3) Bockelmann, NJW 50/850 ff., Täterschaft und Teilnahme S. 18,47, GA 54/193 ff.

Argumenten zu widerlegen:

Er weist auf die Doppelbedeutung der Finalität im Strafrecht hin und unterscheidet zwischen der "Finalität des Handelns" und der "Finalität des Gesetzes". Die Finalität des Handelns ist nach seiner Ansicht jeder Handlung, die im Strafrecht möglich ist, auch der fahrlässigen, eigen. Selbst der gleichgültig Handelnde, wenn er überhaupt handelt, verfolgt bei seinem Verhalten seinen Zweck. Fahrlässigkeit schließt daher die "Finalität des Handelns" nicht aus, sondern nur die "Finalität des Gesetzes", die der fahrlässigen Handlung fehlt, jedoch für die Frage der Täterschaft bedeutungslos sein soll. Die "Finalität des Gesetzes" ist nach der Ansicht Mezgers nur der Täterhandlung mit Vorsatz eigen, also einer Handlung mit der gesetzlichen Zweckbeziehung. Da es nach Mezger beim Haupttäter nur auf die Tatsache ankommt, daß er irgendetwas will, nicht auf die Willensrichtung, läßt er Teilnahme bei zwar "finaler", aber unvorsätzlicher Handlung zu.

Schröder ¹⁾ leitet die Möglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen aus einer sinnvollen Erklärung der limitierten Akzessorietät ab und führt insbesondere aus, es sei nicht bewiesen, daß das Gesetz bei den Teilnahmebestimmungen der §§ 48, 49 StGB von einem Teilnahmebegriff ausgehe, der eine vorsätzliche Haupttat verlange.

Die Klärung der hier gestellten Frage läßt sich jedoch nicht aus der limitierten Akzessorietät beantworten. Denn streng genommen ist daraus nicht mehr abzuleiten, als daß die Haupttat kein vollständiges Delikt zu sein braucht. Welche Merkmale eines begangenen Deliktes fehlen dürfen, läßt sich nicht bereits aus dem Begriff der limitierten Akzessorietät ablesen ²⁾. Es trifft insbesondere nicht

1) Vorbem. IX 3 vor § 47

2) Bockelmann, NJW 50/850 ff., Täterschaft und Teilnahme S. 18, 47

zu, daß schon der Wortlaut der §§ 48 ff, 50 StGB in ihrer neuen Fassung die Frage unmißverständlich klargestellt habe. § 50 Abs. 1 StGB bestimmt lediglich, daß bei mehreren an einer Tat Beteiligten jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen zu bestrafen ist. Das bedeutet zwar, daß ein Teilnehmer schuldig sein kann, auch wenn der Täter es nicht ist, besagt aber keineswegs, daß der Teilnehmer auch dann zu bestrafen ist, wenn der Haupttäter nicht vorsätzlich handelt. Das wäre nur dann der Fall, wenn mit der Feststellung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit die Schuldfrage bereits bejaht wäre. Diese Auffassung entspricht aber nicht der herrschenden Schuldlehre ¹⁾. Nach ihr setzt sich die Schuld aus mehreren Elementen zusammen; Vorsatz und Fahrlässigkeit bestimmen wohl die Art der Schuld, begründen sie aber erst zusammen mit anderen Merkmalen. So gehört zur Schuld neben Vorsatz und Fahrlässigkeit unter anderem auch die Vorwerfbarkeit des Tuns. Beim Fehlen schon eines dieser Merkmale entfällt die Schuld ²⁾. Die Ersetzung der Worte "strafbare Handlung" durch "mit Strafe bedrohte Handlung" in den §§ 48, 49 StGB läßt in Verbindung mit § 50 Abs. 1 StGB nur erkennen, daß der Haupttäter schuldlos handeln kann, gibt aber keinen Aufschluß darüber, welches der einzelnen Schuldmerkmale fehlen darf ³⁾.

Allgemein anerkannt ist, daß die Regelung des § 50 Abs. 1 StGB die Strafbarkeit des Anstifters

1) BGHSt 2/194; vgl. auch Schönke-Schröder, Vorbem. V vor § 51

2) BGHSt 9/370 ff.

3) BGH a.a.O.

und Gehilfen von der Strafmündigkeit, der Einsichts- und Willensfähigkeit eines jugendlichen Haupttäters löst und auch nicht mehr die Zurechnungsfähigkeit des Haupttäters verlangt. Die Entstehungsgeschichte des § 50 Abs.1 StGB weist eindeutig auf § 4 JGG von 1923. Die Erstreckung dieser Vorschrift auf das allgemeine Strafrecht war nämlich seit seiner Schaffung gefordert worden. Zweck dieser Vorschrift war daher auch nur die Verselbständigung der Teilnehmerhaftung von der Schuldfähigkeit des erwachsenen Haupttäters ¹⁾. Aus der Entstehungsgeschichte des § 50 Abs.1 StGB ergibt sich somit kein Hinweis dahingehend, daß ein Teilnehmer auch dann zu bestrafen sei, wenn der Haupttäter nicht vorsätzlich handele.

Da jedoch die Untersuchung des Willens des Gesetzgebers bei der Auslegung einer Norm nicht allein maßgebend ist, ergibt sich die Lösung der hier gestellten Frage nicht aus der einfachen Berufung auf den Wortlaut des § 50 Abs.1 StGB. Entscheidend ist vielmehr, ob sich die Bejahung einer Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttaten noch mit dem Wesen der Teilnahme und den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen von Anstiftung und Beihilfe vereinbaren läßt. Nach § 48 StGB bestimmt der Anstifter einen anderen zur Tat dadurch, daß er in demselben den Willen, die Tat zu begehen, vorsätzlich hervorruft. Die Tat des Angestifteten ist daher die Folge der vorsätzlichen Einwirkung des Anstiftenden auf den Willen des Angestifteten ²⁾.

1) Maurach, Allg. Teil (1954) § 53 III D 1; BGHSt 9/370 ff.

2) RGSt 23, 175; Maurach a.a.O.; Welzel, JZ 53/762

In dem Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter ist das Wesen der Anstiftung zu sehen. Hieraus, und nicht aus dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät ist zu folgern, ob der Haupttäter vorsätzlich handeln muß oder nicht. Aus dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät ergibt sich nichts dafür, ob eine unvorsätzliche Haupttat genügt, da auch sie eine "strafbare" oder "mit Strafe bedrohte Handlung" darstellt ¹⁾.

Wenn das Wesen der Anstiftung darin zu sehen ist, daß in dem Haupttäter der Entschluß zur Haupttat hervorgerufen wird,²⁾ so ist Anstiftung bei fahrlässigen Delikten ausgeschlossen, bei denen der Haupttäter die Rechtsverletzung nicht gewollt und nur dadurch verschuldet hat, daß er bei seinem Verhalten die erforderliche Vorsicht und Aufmerksamkeit nicht beobachtet hat. Nur der Täter einer Vorsatztat hat einen Tatentschluß, nur er kann durch Anstiftung zu diesem Entschluß bestimmt werden. Der Täter eines Fahrlässigkeitsdeliktes handelt ohne Wissen und Wollen, und ist nicht entschlossen, den Tatbestand zu erfüllen. Von einem "Bestimmen", die mit Strafe bedrohte Handlung zu begehen, kann hier wohl kaum gesprochen werden. Wenn Schröder ³⁾ das Wesen der Anstiftung ebenfalls darin sieht, daß im Haupttäter der Entschluß zur Haupttat hervorgerufen wird, so läßt sich diese Ansicht wohl kaum mit seiner Meinung vereinbaren⁴⁾, Anstiftung sei auch bei unvorsätzlichen Taten möglich.

1) Baumann, (Lehrb.) S. 458; BGHSt 9/370 ff.

2) so Schönke-Schröder, § 48 II 1; Baumann, (Lehrb.) S. 458; BGHSt 9/370 ff.

3) § 48 II 1

4) Vorbem. IX 3 vor § 47

Der hier vertretenen Ansicht kann jedoch auch nicht damit begegnet werden, daß das Wesen der Anstiftung lediglich in der Verursachung eines rechtswidrigen Verhaltens gefunden wird ¹⁾. Diese Auffassung findet im geltenden Recht keine Stütze ²⁾. Die Anstiftung enthält zwar auch eine Verursachung, das macht aber nicht ihr Wesen aus. Dieses erfordert vielmehr darüberhinaus ein Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter und zugleich die Unterordnung unter dessen Willensentschluß ³⁾.

Nach § 49 StGB wird als Gehilfe bestraft, wer dem Täter wissentlich Hilfe geleistet hat. Hier wird die Unterordnung unter einen fremden Willen besonders deutlich. Der Gehilfe muß daher nicht etwa nur zu einer äußeren Handlung des Haupttäters wissentlich Hilfe geleistet haben ⁴⁾, sondern zu einer ein Verbrechen oder Vergehen bildenden Straftat, also in Kenntnis der verbrecherischen Willensrichtung des Täters. Der Gehilfe will somit dem Haupttäter Hilfe leisten, weiß aber, daß es von dessen Entschluß abhängt, ob die Tat durchgeführt wird. Eine solche Unterordnung sowie bewußte und gewollte Förderung einer Straftat liegt aber bei demjenigen nicht vor, welcher das, was die Strafbarkeit begründet, nicht gewollt hat ⁵⁾.

1) Dahm, MDR 59/508; Lange, JZ 59/560

2) BGHSt 9/370 ff.; Baumann, (Lehrb.) S. 458

3) RGSt 23/175; BGHSt 9/370 ff. gegen BGHSt 4/355 und 5/47; Welzel, JZ 53/762 und "Das Deutsche Strafrecht" § 16 Abs. I; - Daran ändert auch nichts die Feststellung, daß neben der Teilnahme im engeren Sinn die Teilnahmeregelung des Gesetzes auch noch etwas anderes, nämlich die "Urheberschaft" umfassen soll: Dahm, MDR 59/508; Lange JZ 59/560

4) RGSt 10/8; 16/277; 45/88; 51/39; JW 11/864; BGHSt 9/370 ff.; Baumann, (Lehrb.), S. 458

5) RGSt 3/181; 45/88

Denn eine Unterordnung unter die Tatherrschaft des Täters, die für die Teilnahme kennzeichnend ist, ist nicht denkbar, wenn der Täter nicht vorsätzlich handelt ¹⁾.

Wenn Mezger ²⁾ den Tätersvorsatz, zu dem der Angestiftete bestimmt sein muß, durch den Entschluß zum tatbestandlich - rechtswidrigen Handeln ersetzen will, so sagt er das, was im Tätersvorsatz enthalten sein muß, lediglich mit anderen Worten aus. Welzel ³⁾ bezeichnet es zu Recht als einen "abenteuerlichen" Gedanken, daß der Täter einen Entschluß fassen könne, eine fahrlässige oder unvorsätzliche Handlung zu begehen.

Würde man im übrigen Anstiftung und Beihilfe zu einer nicht vorsätzlichen Tat bejahen, so würde das auch zu einer Auflösung der Grenzen zwischen mittelbarer Täterschaft und Teilnahme einerseits, sowie zwischen Anstiftung und Beihilfe andererseits führen ⁴⁾. Würde man den Anstifterbegriff durch einen bloßen Veranlassungsbegriff ersetzen, so würde das in den Bereich der mittelbaren Täterschaft eingreifen. In dem Falle nämlich, in dem der unmittelbar Handelnde in Folge eines vom Hintermann bei ihm erweckten Tatbestandsirrtums unvorsätzlich handelt, ist er Werkzeug in der Hand des Hintermannes als eines mittelbaren Täters ⁵⁾.

Ebenso erscheint es ausgeschlossen, zwischen Anstiftung und Beihilfe zu unterscheiden, wenn man vom Vorsatz bei der Haupttat absieht. Anstiftung

1) BGHSt 9/370 ff.; Begründung zu §§ 30, 31 des Entwurfs 1962

2) JZ 54/312

3) JZ 53/762

4) BGHSt 9/370 ff.; Schwarz-Dreher, § 48 I D und vor § 47, 3 B

5) Welzel, JZ 53/762

und Beihilfe ist gemeinsam, daß sie sich dem Willen und der Tatherrschaft des Haupttäters unterordnen. Der Unterschied, daß der Anstifter die fremde Tat veranlaßt, der Gehilfe bei ihr mitwirkt, läßt sich nur dann machen, wenn der Haupttäter vorsätzlich handelt ¹⁾.

Die limitierte Akzessorietät hat daher folgende Bedeutung:

Der Teilnehmer ist auch dann strafbar, wenn der Haupttäter zwar vorsätzlich, aber nicht vorwerfbar handelt, weil er etwa wegen Strafunmündigkeit, jugendlicher Unreife oder nicht vermeidbaren Verbotsirrtums straflos bleibt ²⁾.

Die Ansicht Welzels ³⁾, daß eine Ersetzung des Anstifterbegriffes durch einen bloßen Veranlasserbegriff deswegen unnötig ist, weil sich auch bei unvorsätzlichen Haupttaten die Bestrafung des Dahinterstehenden in der Regel in Form der Täterschaft oder mittelbaren Täterschaft erreichen läßt, ist nur bedingt richtig. In allen Fällen, in denen beim Haupttäter eine echte Tatfahrlässigkeit und nicht nur eine Rechtsfahrlässigkeit in Folge eines vorsatzausschließenden Irrtums vorliegt und in denen eine Nebentäterschaft oder mittelbare Täterschaft des Dahinterstehenden nicht begründet werden kann, ergibt sich eine Gesetzeslücke ⁴⁾. Die Strafbarkeit eines mitfahrenden Halters, der in nüchternem Zustand einen betrunkenen Fahrer seines Kraftfahrzeuges als Insasse begleitet, ist insbesondere als Nebentäter dann ausgeschlossen, wenn der Fahrer lediglich in betrun-

1) BGHSt 9/370 ff.

2) ebenso Börker, JR 53/166 ff.; Tröndle, GA 56/129 jeweils mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Niese, JZ 55/324

3) a.a.O.

4) vgl. hierzu BGHSt 4/355 und Bindokat, NJW 54/865

kenem Zustand fährt, ohne eine Verletzung oder Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer oder bedeutender Sachwerte hervorzurufen ¹⁾. Eine Bestrafung des mitfahrenden Halters nach den Bestimmungen der Anstiftung oder Beihilfe wäre in diesem Falle kriminalpolitisch erstrebenswert, hat aber deswegen auszuschneiden, weil Beihilfe zu Übertretungen gemäß § 49 StGB kraft Gesetzes ausgeschlossen ist und im übrigen ein Verstoß gegen § 2 StVZO in der Regel nur fahrlässig begangen wird.

So hat der BGH zunächst eine Teilnahme an einer unvorsätzlichen Tat offensichtlich nur deshalb bejaht, um ein materiell unzweifelhaft strafwürdiges Tun in die Zone des gesetzlich Strafbaren einzubeziehen ²⁾.

Ein Arzt hatte seine erste, erfolglos gebliebene Ehescheidungsklage auch auf die Behauptung gestützt, seine Frau habe ihm 1946 gebeichtet, daß sie vor der Ehe ein von ihrem Verlobten gezeugtes Kind normal geboren und dann erstickt habe; die Ehefrau hatte das bestritten und vor dem OLG beschworen, sie habe dem Angeklagten schon vor der Verlobung gesagt, daß sie von ihrem ersten Verlobten schwanger gewesen sei und eine Fehlgeburt erlitten habe. Aus Anlaß der Beendigung dieser Schwangerschaft war sie im Jahre 1940 von dem Frauenarzt Dr. P. behandelt worden. Um Beweismaterial für seine im Herbst 1950 erhobene weitere auf dreijähriges Getrenntleben gestützte Scheidungsklage zu gewinnen, ging der angeklagte Arzt folgendermaßen vor: Er

1) vgl. unten III Bes. Teil bb aal (bb2)

2) BGHSt 4/355

veranlaßte Dr. P., die seine Frau betreffenden Krankenunterlagen an ihn herauszugeben, wobei er verschwieg, daß die Unterlagen seine, des Angeklagten, spätere Ehefrau betrafen und er diese nicht aus ärztlichen Gründen anforderte.

Hier hat der BGH einen Fall mittelbarer Täterschaft in Anstiftung umgedeutet, weil mittelbare Täterschaft mit Rücksicht auf die nur eigenhändige Begehrbarkeit der Tat (§300 StGB) ausgeschlossen war und daher an sich Freispruch hätte erfolgen müssen ¹⁾.

Erwähnt sei noch, daß der Entwurf 1962 der seit BGHSt 9/370 in der Rechtsprechung herrschenden Ansicht ²⁾ folgt und ausdrücklich feststellt, daß Anstiftung und Beihilfe den Vorsatz des Haupttäters voraussetzen; er trifft aber durch besondere Vorschrift des § 32 Vorsorge, daß auch derjenige, der den Vorsatz des Haupttäters nur irrig angenommen hat, wie ein Anstifter bestraft werde.

b. Mittäterschaft.

Auch die Frage, ob Mittäterschaft gemäß § 47 StGB bei fahrlässigen Delikten möglich ist, ist sehr umstritten.

Exner ³⁾ bildet unter anderem folgenden Fall, an dem er die fahrlässige Mittäterschaft demonstriert: Zwei Handwerksburschen, die draußen ihr Mittagessen abkochen, verursachen durch Unvorsichtigkeit den Brand einer Scheune. Da sie gemeinschaftlich den Platz gewählt, gemein-

1) vgl. Bindokat, a.a.O.; Maurach, a.a.O.

2) vgl. OLG Celle Nds.RpfG. 57/137; BGH NJW 60/924; OLG Köln MDR 62/591; vgl. §§ 30, 31 E 1962

3) S. 572 ff.

schaftlich das Holz zusammengetragen und angezündet haben, haben sie nach Meinung Exners auch die fahrlässige Brandstiftung in Mittäterschaft begangen. Exner ist der Ansicht, daß kein triftiger Grund vorhanden sei, die Figur der fahrlässigen Mittäterschaft in einem solchen Falle abzulehnen. Wenn nämlich die Handwerksburschen in gleicher Weise das Feuer unter dem Dach der Scheune gemacht hätten, um sie niederzubrennen und sich an dem geizigen Bauer zu rächen, so würde, führt Exner aus, niemand an einer Brandstiftung in Mittäterschaft zweifeln. Es ist daher nach seiner Ansicht gerechtfertigt, die gleiche Handlungsweise im Bereich der Fahrlässigkeit ebenfalls als Mittäterschaft anzusehen.

Andererseits gesteht Exner jedoch ein, daß die Konstruktion einer fahrlässigen Mittäterschaft dann schwierig wird, wenn ein einverständliches Zusammenwirken überhaupt fehlt, so wenn z.B. der Halter eines Fahrzeuges dieses einem Angetrunkenen überläßt und in Folge der Verkehrsuntüchtigkeit des Fahrers ein Verkehrsteilnehmer getötet wird ¹⁾. Obwohl Exner in dem genannten Fall erkennt, daß der schädliche Erfolg durch das Zusammenwirken zweier selbständiger fahrlässiger Handlungen herbeigeführt wird, spricht er dennoch auch in diesem Zusammenhang von fahrlässiger Mittäterschaft.

Diese Auffassung verträgt sich jedoch nicht mit seiner oben dargelegten Begründung, die eine fahrlässige Mittäterschaft an ein gemeinschaftliches Zusammenwirken (Handwerksburschenfall) knüpft.

Olshausen ²⁾ dagegen unterscheidet konsequenter

1) Exner, a. a. O.

2) § 47 Anm. 14

als Exner folgende Fälle:

Ein einverständliches Zusammenwirken mehrerer kann nach seiner Ansicht die volle verantwortliche Beteiligung für einen vom Recht mißbilligten Erfolg auch dann begründen, wenn dieser durch eine fahrlässige Handlung verursacht wird. Er weist zu Recht darauf hin, daß Fälle dieser Art vornehmlich im Verkehr mit Kraftfahrzeugen denkbar sind, wie die vorliegende Untersuchung ebenfalls zeigt: Wenn z.B. der Fahrer eines Fernlastzuges mit dem Beifahrer, der ihn zu unterstützen und abzulösen hat ¹⁾, nach dem Genuß von geistigen Getränken die Fahrt fortsetzt, so sind nach Olshausen ²⁾ beide als Mittäter voll verantwortlich, wenn später die Trunkenheit des Fahrers zur Körperverletzung oder Tötung eines anderen Verkehrsteilnehmers führt. Anders behandelt Olshausen ³⁾ jedoch die Fälle, in denen ein einverständliches Zusammenwirken irgendwelcher Art nicht festzustellen ist. In solchen Fällen, in denen zwar das Zusammenwirken mehrerer Bedingungen einen Erfolg herbeigeführt hat, muß nach seiner Ansicht der Vorwurf der Fahrlässigkeit gegen jeden der Beteiligten getrennt begründet werden ⁴⁾.

In den meisten der in dieser Untersuchung behandelten Fälle läßt sich ein einverständliches Zusammenwirken irgendwelcher Art nicht feststellen, so wenn z.B. der Wirt oder der private Gastgeber einen angetrunkenen Kraftfahrer ^{fahren} lassen oder, wie Exner ⁵⁾ richtig als Beispiel angibt, der Halter eines Kraftfahrzeuges dieses einem be-

1) vgl. unten III Bes. Teil 2 bb (ccl)

2) a.a.O.: Das einverständliche Zusammenwirken liegt hier in der engen Fahrgemeinschaft.

3) § 47 Anm. 17

4) z.B. ein Wirt läßt einen betrunkenen Gast fahren. Olshausen spricht in diesem Zusammenhang richtigerweise von "Nebentäterschaft"

5) a.a.O.

trunkenen Fahrer überläßt.

Bei fahrlässigen Erfolgsdelikten kann Mittäterschaft nicht in der Weise begründet werden, daß man das bewußte und gewollte Zusammenwirken gemäß § 47 StGB nur auf die Handlung, nicht aber auf den Handlungserfolg erstreckt ¹⁾. Das würde nämlich bedeuten, daß sich die Mittäterschaft auf eine als Tatbestand nicht erfaßte Handlung bezieht. Bewußtes und gewolltes Zusammenwirken muß aber bezüglich des gesamten zu verwirklichenden Tatbestandes vorliegen; bei Erfolgsdelikten gehört zum Tatbestand auch der eingetretene Erfolg, so daß auch dieser gewollt sein muß. Der häufig genannte Fall, daß mehrere Bauarbeiter gemeinsam einen Balken von dem Gerüst des abzutragenden Baues unvorsichtigerweise herabwerfen, und durch ihr Tun ein Mensch getötet wird ²⁾, ist nicht mit dem Institut der Mittäterschaft zu lösen. In diesem Falle, in dem mehrere Personen ohne bewußtes Zusammenwirken an der Herbeiführung desselben Erfolges beteiligt sind, kann zum Unterschied von der gesetzlich geregelten Mittäterschaft nur von Nebentäterschaft gesprochen werden ³⁾.

1) ebenso für Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten: Frank, § 47 III; Kohlrausch-Lange, § 47 III; Mezger, in LK (8. Aufl. 1957) § 47 Anm. 5; derselbe "Moderne Wege..." S. 32; Schönke-Schröder, § 47 IV 3 hält fahrlässige Mittäterschaft zwar für möglich, im Hinblick auf das Institut der Nebentäterschaft aber für entbehrlich.

2) vgl. u.a. Frank, § 47 III

3) BGH VRS 18/416, NJW 60/924, Bd. 4/20 und zitiert bei Martin, DAR 59/67; OLG Celle Nds. Rpf lg. 57/137; Mayer, Lehrb. S. 318; KG VRS 12/110; RGSt 68/256; Liszt-Schmidt S. 337; Maurach, Allg. Teil (1958) S. 521; Bockelmann, Beiträge... S. 60; Baumann, Lehrb. S. 438, 439; Dreher-Maassen § 47 II

c. Nebentäterschaft.

Da jeder Tatbeitrag des Fahrlässigkeitstäters zum Erfolg unmittelbar in Beziehung gebracht werden kann, ist der Begriff der fahrlässigen Mittäterschaft ebenso entbehrlich wie derjenige einer fahrlässigen mittelbaren Täterschaft. Wenn verschiedene Täter die als Ursache anzusehenden Bedingungen gesetzt haben, die in ihrer Vereinigung oder auch für sich allein den Erfolg herbeizuführen geeignet sind, liegt bloße Nebentäterschaft vor, wenn die Täter nicht mit dem Willen handeln, den gesetzlichen Tatbestand in gemeinsamem Zusammenwirken zu erfüllen ¹⁾. Nur ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken, bei dem jeder die Gesamttat unter Mitwirkung des anderen als eigene verwirklichen will, stellt Mittäterschaft gemäß § 47 StGB dar. Nebentäterschaft ist daher besonders häufig bei Fahrlässigkeitsdelikten, bei denen Mittäterschaft wegen Fehlens eines bewußten Zusammenwirkens hinsichtlich des Erfolges nicht möglich ist ²⁾. Für jeden der getrennt voneinander handelnden Täter ist zu prüfen, ob er durch seine Handlung den Tatbestand voll verwirklicht hat. § 47 StGB, wonach jeder Mittäter seine eigene Tätigkeit durch die Handlungen des oder der Genossen vervollständigen und durch dieses Zusammenwirken den ganzen Erfolg der Tat herbeiführen will ³⁾, gilt für die Nebentäter nicht. Die in dieser Untersuchung zu prüfende Mitverantwortlichkeit Dritter ist daher dann unter dem Gesichtspunkt der Nebentäterschaft zu prüfen,

1) RGSt 68/256, 55/79; BGHSt 4/20

2) BGHSt 4/20; NJW 60/924; Baumann (Lehrb.) S. 437

3) BGH DRspr. III 314 Bl. 38a

wenn das von dem betrunkenen Kraftfahrer begangene Verkehrsdelikt fahrlässig verwirklicht worden ist ¹⁾. Der Außenstehende muß daher das von dem Fahrer begangene Delikt in eigener Person in vollem Umfange verwirklicht haben. Das führt, wie im einzelnen noch darzulegen sein wird, besonders bei dem Delikt des § 315 a Abs.1 Ziff.2 StGB zu Schwierigkeiten, da der Täter nach dieser Vorschrift den Begriff des "Führers" in eigener Person erfüllen muß ²⁾. Ebenso kann ein Dritter wegen Verstoßes gegen die §§ 1 StVO, 2. StVZO in Verbindung mit § 21 StVG nur dann bestraft werden, wenn er selbst den Tatbestand dieser Vorschriften voll verwirklicht hat, also "Verkehrsteilnehmer" ist.

2. Teilnahmeprobleme im Rahmen des § 330a StGB.

Zu den Fragen, die sich aus der Sondersituation des § 330a StGB ergeben und die bisher noch recht selten einer eingehenden Prüfung unterzogen worden sind, gehören insbesondere die Probleme der Teilnahme im Rahmen des § 330a StGB ³⁾.

Nach dem Aufbau der genannten Vorschrift sind zwei verschiedene Anknüpfungspunkte für eine Teilnahme denkbar:

Einerseits die schuldhaft Herbeiführung der Unzurechnungsfähigkeit durch den Genuß berauschender Mittel sowie andererseits die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit. -

Zunächst soll die Beteiligung am bloßen Sichberauschen, also die bloße Teilnahme an der schuldhaften Herbeiführung der Unzurechnungsfähigkeit behandelt werden.

1) vgl. oben II

2) vgl. III Bes.Teil b aa (bbl)

3) vgl. aus neuester Zeit Cramer GA 61/97 ff.;
Lange, JZ 53/408 ff.; Redelberger NJW 52/921ff.;

Anschließend wird die Teilnahme an der im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit begangenen "Rauschtat" erörtert werden.

a. Teilnahme an der Berauschung.

aa. Mittäterschaft -
mittelbare Täterschaft

Eine mittelbare Täterschaft hinsichtlich der Berauschung innerhalb des § 330a StGB ist nach einhelliger Ansicht ausgeschlossen ¹⁾. Der Mißbrauch von Rauschgiften ist stets ein sogenanntes eigenhändiges Delikt, da der Täter die Tatbestandsverwirklichung höchstpersönlich, wenn auch gegebenenfalls unter Zuhilfenahme eines Dritten vorgenommen haben muß. Denn schon der Wortlaut des Gesetzes verlangt ausdrücklich, daß der Täter "sich selbst" in den Rauschzustand versetzt. Die Tatbestandsmäßigkeit ist daher an die Verletzung einer einem einzelnen auferlegten besonderen Pflicht gebunden, sich selbst zu überwachen. Wer also einen anderen ohne dessen Verschulden in einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rauschzustand versetzt, kann nicht als mittelbarer Täter nach § 330a bestraft werden, wenn der Berauschte im Zustand der Volltrunkenheit den äußeren Tatbestand einer mit Strafe bedrohten Handlung rechtswidrig verwirklicht. - Eine andere Frage ist die, ob eine mittelbare Täterschaft im Hinblick auf die Rauschtat möglich ist ²⁾

1) Gramsch-Flor, JW 38/779 ff.; Gerland, ZStW 55/784 ff. (791); Lange ZStW 59/573 ff. (589); Schäfer-Wagner-Schafheutle, § 330a Anm. 7; LK (8. Auflage) § 330a VI; Maurach, Bes. Teil (3. Auflage) S. 458, 459; Kohlrausch-Lange, § 330a IV 1, IV 2

2) vgl. hierzu unten III Allg. Teil 2 b (bb)

Eine echte Mittäterschaft am Delikt des § 330a StGB ist ebenfalls ausgeschlossen ¹⁾. Eine solche setzt nämlich voraus, daß die Mittäter einen gemeinsamen Tatplan fassen und jeder sich das deliktische Verhalten des anderen auf Grund des gemeinsamen Tatplanes zurechnen lassen muß ²⁾. Es ist zwar denkbar, daß mehrere gemeinsam den Entschluß fassen, sich bis zur Volltrunkenheit zu berauschen, wobei jeder einzelne auch damit rechnen muß, daß er im Rausch irgendwelche Ausschreitungen strafbarer Art begehen kann. Jedoch muß in einem solchen Falle jeder einzelne das Delikt des § 330a StGB in allen Einzelheiten eigenhändig begehen. In einem solchen Falle ist es jedoch überflüssig, von Mittäterschaft zu reden, weil jeder Beteiligte ohne Rücksicht auf das Handeln der übrigen als Alleintäter angesehen werden kann.

bb. Anstiftung und Beihilfe.

Sehr streitig ist die Frage, ob Anstiftung und Beihilfe hinsichtlich des bloßen Sichberauschens innerhalb des § 330a StGB möglich ist.

Nach der einen Ansicht wird die Ausdehnung der Strafbarkeit auf die Teilnahme an der bloßen Herbeiführung des gefährlichen Trunkenheitszustandes bejaht. Nach dieser Ansicht ist das schuldhaftes Sichberauschen keineswegs wertneutral und strafrechtlich unerheblich. Es enthält vielmehr ein unabhängig von der Rauschtat erfaßbares strafrechtliches Unrecht ³⁾. Die Gefährlich-

1) LK a.a.O. - a.A. Welzel ZStW 58/522 Anm.44

2) Schönke-Schröder, § 47 Anm. I; Kohlrausch-Lange, Vorbem. I 5 C vor § 47

3) BGH NJW 61/1733; Lange, JZ 53/408; Cramer, a.a.O. - noch zweifelnd: BGHSt 9/391, 10/247

keit für die Allgemeinheit soll den selbstverschuldeten Rauschzustand mit einem Unwert versehen, an den auch der Strafgesetzgeber anknüpfen könne. Da § 330a StGB nicht etwa eine Strafe für unverschuldetes Unrecht androhe, was dem geltenden Schuldgedanken widersprechen würde ¹⁾, sollen daher Anstiftung und Beihilfe hinsichtlich des bloßen Sichberauschens möglich sein.

Zur Begründung dieser Ansicht wird weiterhin ausgeführt ²⁾, bei Anwendung der Teilnahmebestimmungen auf § 330a StGB könnten Dritte, die von außen her durch Einwirkung auf den Betrunkenen das geschützte Allgemeininteresse verletzen, strafbar sein. Derartige Handlungen seien zwar nicht als Täterschaft, aber doch als Teilnahme aufzufassen. Es handele sich um Teilnahme an der Tat eines anderen, die für den Außenstehenden schon deshalb eine fremde sein müsse, weil er nicht eine besondere ihm auferlegte Pflicht verletze.

Die wesentlichsten Gründe der hier geschilderten Ansicht sind wie folgt zusammenzufassen: Anstiftung und Beihilfe sind für Verbrechen und Vergehen gemäß §§ 48, 49 StGB generell unter Strafe gestellt und finden daher Anwendung auf alle Straftatbestände des Besonderen Teils ³⁾. Ausnahmen von diesem Grundsatz können nur angenommen werden, wenn das Gesetz ausdrücklich Ausnahmen statuiert, was nicht geschehen ist; auch die Natur der Täterhandlung schließt eine

1) Stree, S. 51 ff.

2) Gerland, a.a.O. S. 805; Lange, ZStW 59/589; Schäfer-Wagner-Schafheutle, a.a.O.

3) Cramer, a.a.O.; Gerland, a.a.O.; Grams-Flor, JW 38/781; Schäfer-Richter-Schafheutle, S. 71; BGHSt 10/248; Niederreuther, GS 114/343

strafbare Teilnahme nicht aus. Im Ergebnis nimmt die geschilderte Ansicht Bezug auf die feststehende Rechtsprechung, wie sie hinsichtlich der Bestrafung der Teilnahme an den durch Erfolg qualifizierten Delikten unter Berücksichtigung des § 56 StGB entwickelt worden ist. Diese Meinung betrachtet § 330a StGB demnach als erfolgsqualifiziertes Delikt.

Zwar läßt sich die Ausdehnung der Strafbarkeit auf die Teilnahme an der bloßen Herbeiführung des gemeingefährlichen Rausches nicht mit den gleichen Erwägungen verneinen, die die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft hinsichtlich des schuldhaften Sichberauschens ausschließen¹⁾. Denn wenn auch das Gesetz als Tatbestand das Sichversetzen des Täters in einen Rauschzustand festlegt, so ergibt sich hieraus in keiner Weise, daß Teilnahmehandlungen in Form von Anstiftung und Beihilfe nicht strafbar sein können. Es ist unbestritten, daß Anstiftung und Beihilfe sowohl bei eigenhändigen als auch bei Delikten nicht ausgeschlossen sind, die dadurch gekennzeichnet sind, daß sie das Versagen bestimmter Sonderpflichtiger unter Strafe stellen. So ist z.B. mittelbare Täterschaft bei dem eigenhändigen Delikt des Meineids ausgeschlossen, nicht aber Anstiftung und Beihilfe²⁾.

Die Möglichkeit von Anstiftung und Beihilfe hinsichtlich des bloßen Sichberauschens ist jedoch aus folgenden Gründen ausgeschlossen: § 330a StGB ist seinem Grundgehalt nach kein selbständiger Straftatbestand³⁾, so daß eine

1) Redelberger, NJW 52/921ff.; Mayer, ZStW 59/283 ff. (334)

2) Schönke-Schröder, § 48 VI, § 49 II

3) vgl. im einzelnen zur Begründung dieser Ansicht oben II 4 mit weiteren Nachweisen

Teilnahme in Form von Anstiftung und Beihilfe begrifflich ausgeschlossen ist. Es mag zwar sein, daß das schuldhaftes Sichberauschen wegen seiner Gefährlichkeit für die Allgemeinheit mit einem Unwert versehen ist ¹⁾, entscheidend ist jedoch, daß der Strafgesetzgeber das bloße Sichberauschen nicht als selbständiges Delikt unter Strafe gestellt hat. Erst die spätere Tat im Rausch ist der entscheidende unrechtauslösende Teil ²⁾. Eine Teilnahme ist daher nur denkbar, wenn sie sich auf das eigentliche Unrecht der späteren Rauschtat erstreckt ³⁾.

Die am häufigsten vorgebrachten Argumente gegen eine Möglichkeit der Teilnahme am bloßen Sichberauschen innerhalb des § 330a StGB sind rein rechtspolitischer Art: Man weist daraufhin ⁴⁾, daß der Gesetzgeber eine Bestrafung des Teilnehmers nicht habe erzielen wollen, es sei insbesondere nicht sein Wille gewesen, etwa Wirte und Zechgenossen in eine gänzlich unübersehbare Haftung hineinzuziehen.

Diese rechtspolitischen Argumente vermögen jedoch im Gegensatz zu der hier gegebenen dogmatischen Begründung eine Teilnahmemöglichkeit am bloßen Sichberauschen im Rahmen des § 330a StGB nicht mit letzter Sicherheit auszuschließen. Es würde nämlich zwar dem Gesetzgeber freistehen, die Strafbarkeit der Teilnahme an bestimmten Delikten auszuschließen, eine solche Regelung müßte aber in der betreffenden Straf-

1) so BGH NJW 61/1733; Lange, JZ 53/408

2) Welzel, ZStW 58/491 ff. (bes. S. 522 Anm. 44); Mayer, ZStW 59/283 ff. (334)

3) Eigenartigerweise kommt Maurach a.a.O. S. 138 zur Strafbarkeit der Teilnahme, obwohl er das unrechtsbegründende Element in der Rauschtat sieht.

4) Schönke-Schröder, § 330a VI; Dalcke, § 330a Anm. 5; Redelberger, NJW 52/921 ff.; Schäfer, Nachtrag Frank, § 330a Anm. 4; Mayer, ZStW 59/283 ff. (334)

bestimmung zum Ausdruck kommen. Jedenfalls genügt der Hinweis ¹⁾ auf die Sitzungsprotokolle des Reichstages nicht ²⁾, da die Meinung einzelner Abgeordneter, die eine Teilnahme an § 330a nicht als strafbar ansehen wollten, für die Auslegung der Strafbestimmung nur von untergeordneter Bedeutung ist. - Im übrigen ist auch der Einwand nicht bedenkenfrei, daß die Bejahung der Teilnahmemöglichkeit an § 330a zu einer unerträglichen und uferlosen Haftung der Wirte und Zechgenossen führe, weil sie auch im Falle nicht vorhersehbarer Ausschreitungen des Trinkers strafbar sein würden: Zunächst einmal ist eine Teilnahme am Sichberauschen gemäß § 330a StGB (vorausgesetzt, daß man § 330a StGB als selbständigen Tatbestand ansieht) nur dann möglich, wenn jemand einen anderen vorsätzlich dazu bestimmt oder ihm behilflich ist, sich völlig zu berauschen ³⁾. Der Vorsatz muß auf die Herbeiführung eines Zustandes des Vollrausches in dem Trinker gerichtet sein, es genügt nicht die Anstiftung zum bloßen Rauschmittelgenuß:

Veranlaßt A den B, mit ihm einige Glas Bier zu trinken, und betrinkt sich B, nachdem A gegangen ist, völlig, so kann A nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe zu § 330a bestraft werden, wenn B im Rauschzustand ein Delikt begeht. Da § 330a sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig erfüllt werden kann, die Anstiftung und Beihilfe zu Fahrlässigkeitstaten aber nicht

1) Redelberger, a.a.O.

2) IV. Wahlperiode 21. Ausschuß 117. Sitzung S. 4 ff.

3) Gramsch-Flor, JW 38/781; Gerland, a.a.O. S. 806; Lange, ZStW, 59/589

strafbar sind ¹⁾, ist ferner zur Strafbarkeit des Anstifters oder des Gehilfen erforderlich, daß der Angestiftete bzw. der Haupttäter sich vorsätzlich oder bedingt vorsätzlich berauscht. Daß der Wirt nicht damit rechnen konnte, daß seine Gäste bestimmte strafbare Handlungen begehen würden, entlastet ihn nur unter dem Gesichtspunkt der Einzelverletzung, - der Rauschtat, - belastet ihn aber unter dem Gesichtspunkt der Herbeiführung einer Gemeingefahr. Seine Schuld besteht in dem Handeln trotz der Erkenntnis, daß er unvorhersehbaren Folgen Vor-schub leistet, die von dem Sichberauschenden zu erwarten sind ²⁾. Im übrigen ist es zwar richtig, daß die Schuld des Haupttäters für die Bestrafung aus § 330a sich nicht auf die eigentliche konkrete Rauschtat, also die Einzelverletzung, erstrecken darf, da im letzteren Falle die Grundsätze der actio libera in causa eine Anwendung des § 330a StGB ausschließen würden ³⁾. Um jedoch die Möglichkeit zu schaffen, als Voraussetzung der Strafbarkeit eines Teilnehmers ein echtes Verschulden zu fordern und somit zu gewährleisten, daß der Rahmen des Schuldstrafrechts nicht verlassen wird, könnte man an folgende Lösung denken:

1) vgl. oben III Allg. Teil 1 - vgl. auch Maurach, (Bes. Teil) S. 458/459

2) Lange, JZ 53/408

3) OLG Köln, NJW 60/1264; OLG Hamburg VRS 12/40; insoweit a.A. Lange, ZStW 59/589

Man würde mit der neueren BGH-Rechtsprechung ¹⁾ davon ausgehen, daß das Verschulden des Haupttäters die Möglichkeit strafbaren Verhaltens umfassen muß, wenn auch für den Regelfall ein solches Verschulden bei jedem vorausgesetzt wird. Dieser Verschuldensmaßstab würde sodann auf der Ebene der Teilnahme an § 330a StGB angewandt werden. Es würde daher nur die Herbeiführung eines solchen Trunkenheitszustandes strafbar sein, der nach den Umständen des Falles geeignet ist, zu rechtswidrigen Handlungen zu führen. Anstifter und Gehilfen, die vor-sätzlich die fremde Tat veranlassen oder unterstützen, müssen daher damit rechnen können, daß der durch den Rausch bewirkte Zustand der Unzurechnungsfähigkeit unter den gegebenen Umständen zu irgendwelchen mit Strafe bedrohten Handlungen führen kann. Falls man somit § 330a StGB als selbständigen Tatbestand ansehen würde, wäre eine Teilnahmemöglichkeit nicht allein mit rechtspolitischen Gründen zu verneinen. Es wäre vielmehr bei der vorstehenden Betrachtungsweise auch kriminalpolitisch zu rechtfertigen, daß die Teilnahme an der Herbeiführung eines gemeingefährlichen Rausches bestraft wird ²⁾.

1) BGHSt 10/247; so schon Lange, ZStW 59/589; ferner BGH JR 58/28; OLG Oldenburg JZ 51/460 mit Anm. von Lange; Bruns, JZ 58/105 ff. (111) mit weiteren Nachweisen; § 351 des Entwurfs 1962 sieht für den Fall eine schwerere Strafe vor, daß der Täter bei seinem Handeln mit der Begehung rechtswidriger Taten gerechnet hat oder hätte rechnen müssen. Er geht daher in sachlicher Übereinstimmung mit der genannten Rechtsprechung davon aus, daß der Volltrunkene in der Mehrzahl aller Fälle damit rechnen muß, mit einer schweren Strafe belegt zu werden, weil er im allgemeinen annehmen muß, daß er im Rauschzustand rechtswidrige Taten irgendwelcher Art begeht (vgl. hierzu besonders Amtliche Begründung zu § 351 des Entwurfs 1962).

2) vgl. Cramer, GA 61/97 ff.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß eine Beteiligung am bloßen Sichberauschen innerhalb des § 330a StGB zwar nicht mit rechtspolitischen Erwägungen verneint werden kann, jedoch deshalb ausgeschlossen ist, weil § 330a StGB kein selbständiger Tatbestand ist und daher eine Teilnahme in Form von Anstiftung und Beihilfe begrifflich ausgeschlossen ist.

b. Teilnahme an der "Rauschtat".

aa. Mittelbare Täterschaft.

Die "Rauschtat" selbst stellt die "mit Strafe bedrohte Handlung" (vgl. §§ 48,49 StGB) eines Unzurechnungsfähigen dar. Die Teilnahme an ihr richtet sich daher nach den allgemeinen Regeln hinsichtlich der Beteiligung an dem Delikt eines Schuldunfähigen.

Es besteht somit zunächst die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft. Sie ist gegeben, wenn der mittelbare Täter zum Zwecke oder unter Billigung der Begehungsmöglichkeit der konkreten Rauschtat einen anderen in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzt hat ¹⁾.

Ist der Veranlasser des Rausches selbst sinnlos betrunken und besteht seine Rauschtat darin, daß er von ihm sinnlos betrunken Gemachte eine strafbare Handlung begeht, so kann auch für diesen mittelbaren Täter der Rauschtat nur § 330a zur Anwendung kommen ²⁾. Hat sich jedoch der Veranlasser des Rausches mit der Absicht sinnlos betrunken, den anderen zur Begehung einer bestimmten strafbaren Handlung im Zustande der Volltrunkenheit zu verleiten,

1) Gerland, a.a.O. S. 791; Werner in LK § 330a VI; Kohlrausch-Lange, § 330a IV 1, IV 2

2) Gerland, a.a.O.

so würde er nach den Grundsätzen der vorsätzlichen actio libera in causa als mittelbarer Täter der Rauschtat anzusehen sein.

Zweifelhaft ist in diesem Zusammenhang, ob mittelbare Täterschaft auch dann in Betracht kommt, wenn der Hintermann die Unzurechnungsfähigkeit des Werkzeugs nicht kennt. Für den Fall, daß der Hintermann die Tat als eigene wollte, wird man mittelbare Täterschaft bejahen können ¹⁾.

Wer dagegen einen vorsätzlich handelnden Dritten vorsätzlich sinnlos berauscht macht, ohne an die Möglichkeit der Rauschtat gedacht zu haben und ohne daß er damit hätte rechnen können, bleibt straflos ²⁾; denn er kann weder wegen der Beteiligung am bloßen Sichberauschen (§ 330a StGB ist kein selbständiger Tatbestand) noch an der Rauschtat bestraft werden (insoweit kein Verschulden).

Soweit die hier untersuchten Verkehrsdelikte fahrlässig begangen werden, wird eine Beteiligung an der Rauschtat in Form der mittelbaren Täterschaft für außenstehende Dritte kaum praktisch werden.

bb. Anstiftung und Beihilfe.

Anstiftung und Beihilfe zur Rauschtat kommen nur in Betracht, wenn der Hintermann mit Teilnahmewillen handelt.

Die Behandlung der genannten Teilnahmeformen weist keine Schwierigkeiten auf, sofern der Volltrunkene vorsätzlich handelt, da die fehlende Vorwerfbarkeit einer Teilnahme nicht entgegensteht (§ 50 Abs.1 StGB). Die im Rahmen dieser

1) Schönke-Schröder, Vorbem. IX 6b vor § 47
mit weiteren Nachweisen

2) Gerland, a.a.O.

Untersuchung in Rede stehenden Straftaten, die von Kraftfahrern typischerweise unter Alkoholeinfluß begangen werden ¹⁾, werden jedoch fast nur fahrlässig verwirklicht. Nach der oben vertretenen Ansicht scheitert daher die Möglichkeit einer Bestrafung wegen Anstiftung und Beihilfe zwar nicht an der Unzurechnungsfähigkeit der Täter, jedoch am fehlenden Vorsatz. Insoweit ist in vollem Umfange auf die obigen Ausführungen zu verweisen ²⁾.

Am Rande sei noch vermerkt, daß Anstiftung und Beihilfe auch in den Fällen nicht möglich sind, in denen der Volltrunkene nur deshalb nicht vorsätzlich handelt, weil er in Folge des Rausches einem Irrtum hinsichtlich einzelner Tatbestandsmerkmale unterliegt (§ 59 StGB).

Z.B.: Ein Volltrunkener schießt auf einen Menschen, den er in Folge seines Rausches für eine Vogelscheuche hält.

Dieser Fall wird im Bereich der Täterschaft gemäß § 330a mit Hilfe der Lehre vom rauschbedingten Irrtum gelöst, wonach nämlich Irrtümer des Berauschten dann unbeachtlich sind, wenn sie auf dem Rausch beruhen ³⁾. Diese Lehre mag zwar für den Bereich der Täterschaft vertretbar sein, obwohl sie letztlich auch eine Vorsatzfiktion darstellt; denn ein Tatbestandsirrtum schließt auch dann den Vorsatz aus, wenn er auf Verschulden beruht (§ 59 Abs.2 StGB). Es erscheint jedoch unvertretbar, diese Lehre auch heranzuziehen, um zur Ermöglichung einer Bestrafung wegen Anstiftung und Beihilfe den Vorsatz des Berauschten zu fingieren ⁴⁾.

1) vgl. oben II

2) vgl. oben III Allg. Teil 1

3) v. Weber, GA 58/257 ff. (263) mit weiteren Nachweisen

4) Cramer, a.a.O. I 2

cc. Fahrlässige Nebentäterschaft.

In den Fällen, in denen die Rauschtat eine fahrlässige Straftat darstellt, wie z.B. bei der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung, läßt sich also nach den obigen Ausführungen in der Regel eine Strafbarkeit des Dahinterstehenden in Bezug auf die Rauschtat nur dann begründen, wenn er selbst in Form der fahrlässigen Nebentäterschaft ¹⁾ im Hinblick auf den vom Rauschtäter herbeigeführten rechtswidrigen Erfolg verantwortlich gemacht werden kann. Als anschauliches Beispiel kann der vom BGH entschiedene Fall bezüglich der Gastwirthshaftung dienen ²⁾. Eine fahrlässige Nebentäterschaft als besondere Form der Beteiligung an der Rauschtat ist nur dann möglich, wenn der Dritte durch positives Tun oder aber durch Pflichtwidriges Unterlassen an dem vom Rauschtäter verwirklichten rechtswidrigen Erfolg beteiligt ist. Die häufigste Form der fahrlässigen Nebentäterschaft hinsichtlich der Delikte §§ 222, 230 StGB ist die unechte Unterlassungsstrafat ³⁾, während die speziellen Alkoholdelikte (§§ 2 StVZO, 21 StVG, 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs. 2 StGB) in erster Linie durch positives Tun von dem Nebentäter verwirklicht werden ⁴⁾. Redelberger ⁵⁾ ist der Ansicht, daß es nicht möglich sei, z.B. den Wirt ohne Bezugnahme auf § 330a wegen der Rauschtat selbst, also wegen Körperverletzung oder Tötung zu bestrafen,

1) zum Begriff der Nebentäterschaft vgl. oben Allg. Teil 1 c

2) BGHSt. 4/20; unten III Bes. Teil a dd (aal)

3) vgl. im einzelnen unten III Bes. Teil a

4) vgl. hierzu III Bes. Teil b

5) a.a.O.

wenn der Kraftfahrer selbst gemäß § 330a bestraft wird. Im Anschluß an die Definition der Nebentäterschaft ¹⁾, die unter anderem verlangt, daß mehrere die als Ursachen anzusehenden Bedingungen gesetzt haben, die in ihrer Vereinigung oder auch allein den Erfolg herbeigeführt haben, kommt er zu folgendem Schluß:

Im Falle eines Rauschdeliktes gemäß § 330a StGB habe der Kraftfahrer überhaupt keine Körperverletzung oder Tötung begangen, keine Bedingung dazu gesetzt. Vielmehr habe er sich lediglich in einen Rauschzustand versetzt. Seine Tat sei beendet mit dem Sichversetzen in den Rauschzustand. Die später begangene Rauschtat stelle weder eine schuldhaft noch eine strafbare Handlung dar, sie sei vielmehr nur eine Bedingung der Strafbarkeit seines früheren Tuns. Nach der Ansicht Redelbergers ist somit eine Nebentäterschaft in dem hier erörterten Falle deshalb nicht möglich, weil nicht beide Täter, - der Volltrunkene und der Wirt, - an der Körperverletzung oder Tötung mitgewirkt haben. Er hält eine Nebentäterschaft nur dann für möglich, wenn sich der Kraftfahrer schuldhaft durch berauschende Mittel in einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt und fahrlässig nicht bedacht hat, daß er in diesem Zustand eine Körperverletzung oder Tötung begehen könne. In diesem Falle finden die Grundsätze der *actio libera in causa* Anwendung ²⁾, der Kraftfahrer wird also wegen fahrlässiger Körperverletzung bzw. fahrlässiger Tötung und nicht gemäß § 330a StGB bestraft. Nur in einem solchen Falle liegt offenbar nach der Meinung

1) RGSt 68/256; 19/145; 55/79; BGHSt 4/20

2) RGSt 70/87; OLG Köln NJW 60/1264

Redelbergers die Voraussetzung der Nebentäterschaft vor, daß nämlich sowohl der Kraftfahrer als auch der Wirt eine Körperverletzung oder Tötung begangen haben.

Eine Nebentäterschaft scheitert nach der Ansicht Redelbergers auch bereits daran, daß in der Regel die Tätigkeit des Dritten (z.B. des Wirtes) der Handlung des Haupttäters vorausgeht. Nach seiner Ansicht ist für die Frage der Gastwirtshaftung die Tätigkeit des Wirtes keine als Ursache anzusehende Bedingung für den späteren rechtswidrigen Erfolg (z.B. Tötung oder Körperverletzung). Die Tätigkeit des Wirtes bestehe nämlich, - so meint Redelberger, - im Ausschütten des Alkohols an den Kraftfahrer, die Tätigkeit des Kraftfahrers in dem Anfahren eines anderen Verkehrsteilnehmers; die Handlung des Wirtes gehe somit der Ausführungshandlung des Anfahrens voraus. Nebentäterschaft setzt nach dieser Ansicht ein nebeneinanderliegendes Tun oder Unterlassen voraus.

Diese These, daß eine Nebentäterschaft hinsichtlich der Rauschtat im Rahmen des § 330a nicht möglich sei, muß abgelehnt werden ¹⁾. Ein Fall der Nebentäterschaft ist immer dann gegeben, wenn mehrere Personen unabhängig voneinander, -also ohne gegenseitiges Einvernehmen, - als Ursache anzusehende Bedingungen für einen Erfolg gesetzt haben, die in ihrer Vereinigung oder auch für sich allein den Erfolg herbeigeführt haben ²⁾. Es ist unrich-

1) Schmidt, NJW 52/1122; Graf, DRiZ 34/236; Cramer, a.a.O. I 3; BGHSt 4/20; Bindokat, NJW 60/2318; Niese, JZ 55/320 ff. (321)

2) RGSt 68/256

tig, wenn man annimmt ¹⁾, daß der Kraftfahrer im Falle seiner Strafbarkeit gemäß § 330a StGB keine Körperverletzung oder Tötung begangen habe, also keine Bedingung dazu gesetzt habe. Es ist zwar richtig, daß in einem solchen Falle der Kraftfahrer, sofern die Voraussetzungen der *actio libera in causa* nicht vorliegen, wegen Körperverletzung oder Tötung nicht bestraft werden kann, da es insoweit am Verschulden hinsichtlich der genannten Delikte fehlt. Das ändert jedoch nichts daran, daß der Kraftfahrer im Zustande des Vollrausches im übrigen eine rechtswidrige Körperverletzung oder Tötung begangen hat. Der von einem Volltrunkenen herbeigeführte Erfolg ist nicht allein der Rauschzustand; zum Erfolg im Sinne des § 330a gehört auch die rechtswidrige Erfüllung des äußeren Tatbestandes irgendeines Deliktes. Der Volltrunkene muß also in jedem Falle auch eine Bedingung zur Verwirklichung einer Straftat gesetzt haben ²⁾. Fehlendes Verschulden ist nicht dem Fehlen einer Verursachung gleichzusetzen. Voraussetzung der Nebentäterschaft eines Dritten ist somit, abgesehen von Rechtswidrigkeit und Schuld nur noch, daß auch er eine *condicio sine qua non* für die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges gesetzt hat. Hat z.B. der Wirt einem Kraftfahrer erhebliche Mengen Alkohol verabreicht und tötet oder verletzt der Kraftfahrer anschließend einen Passanten, so hat der Wirt durch positives Tun diesen Erfolg mit herbeigeführt ³⁾. Hätte nämlich der Kraftfahrer, was

1) Redelberger, a.a.O.

2) Schmidt, a.a.O.

3) Lange, JZ 53/408; Schmidt, a.a.O.; RG JW 38/1241; - a.A. BGHSt 4/20; vgl. im einzelnen zur Abgrenzung zwischen positivem Tun und Unterlassen bei der Gastwirthshaftung unten III Bes.Theil a dd (aal)

zumeist der Fall sein wird, in nüchternem Zustand die Körperverletzung oder Tötung nicht verursacht, so wäre der rechtswidrige Erfolg nicht eingetreten, wenn der Wirt ihm keinen Alkohol ausgeschenkt hätte.

Ein Unterlassen eines Dritten ist schon immer dann ursächlich für einen rechtswidrigen Erfolg, wenn eine erfolgsabwendende Tätigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Eintritt des Erfolges verhindert hätte. - Die Frage der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung gehört in diesem Zusammenhang nicht zum Problem der Verursachung, sondern ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit von Bedeutung ¹⁾.

Das Verhalten des Wirtes ist jedoch nur dann unter dem Gesichtspunkt der Unterlassung zu betrachten, wenn er den Zustand des Kraftfahrers und seine Absicht, mit einem Kfz zu fahren, erst dann erkannt hat, nachdem dieser bereits den Alkohol zu sich genommen hat ²⁾. Bei einer vom Erfolg aus zurückgehenden Betrachtung richtet sich in einem solchen Falle der Vorwurf nicht gegen das Ausschenken des Alkohols, da der Gastwirt im Augenblick des Ausschenkens die Gefahrenlage, die er herbeiführt, nicht erkennen kann. Der Schwerpunkt des vorwerfbaren Geschehens beginnt erst in dem Zeitpunkt, in dem der Gastwirt erkennt, daß z.B. der von ihm bewirtete Gast ein Kraftfahrzeug mitführt und dieses auch benutzen will ³⁾.

Einer Nebentäterschaft steht auch nicht entgegen, daß die Tätigkeit oder das Unterlassen des

1) Lange, a.a.O.; unrichtig insoweit BGHSt 4/20; vgl. jedoch Gr.Str.S. BGH NJW 61/1682

2) Cramer, a.a.O. I 3; Schmidt, a.a.O.

3) vgl. Baumann, S. 195; Exner, Frank I S. 586; Mezger, Strafrecht Allg. Teil I § 26 Ziff. 2; BGHSt 6/59

Dritten der tatsächlichen Handlung des Kraftfahrers, durch die ein Verkehrsteilnehmer verletzt oder getötet wird, zeitlich vorausgeht¹⁾. Die Tätigkeit des Wirtes stellt eine "als Ursache anzusehende Bedingung" für den später eingetretenen Erfolg dar. Die Frage nämlich, was als Ursache für einen Erfolg anzusehen ist, bestimmt sich ausschließlich nach der im Strafrecht geltenden Äquivalenztheorie. Jede Bedingung also, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfielen, ist als Ursache anzusehen, ohne Rücksicht darauf, wann diese Bedingung insbesondere in ihrem zeitlichen Verhältnis zu einer anderen Bedingung gesetzt worden ist, die für denselben Erfolg ursächlich wurde²⁾. Eine Unterbrechung der Kausalität ist selbst durch das zeitlich nachfolgende vorsätzliche Handeln eines anderen nicht gegeben. Die Lehre vom Regreßverbot, die eine Bestrafung des fahrlässigen Verursachers eines Erfolges ausschloß³⁾, wenn dieser die Folge einer vorsätzlichen strafbaren Handlung war, ist vom RG zu Recht aufgegeben worden⁴⁾. Im übrigen würde die genannte Lehre auch in dem hier erörterten Zusammenhang keine Anwendung finden können, weil die Hinderungspflicht z.B. des Wirtes erst dann einsetzt, wenn der Kraftfahrer fahruntüchtig und nicht mehr zurechnungsfähig ist (§ 330a StGB).

1) Redelberger, a.a.O.

2) BGHSt 4/20; Bindokat, a.a.O.

3) Frank, § 1 Anm. III 2a

4) RGSt 61/318; 64/370; v. Weber, NJW 53/1072 - neuerdings wird sie von Mayer (Lehrb. S. 138 ff. 312) in modifizierter Form wieder vertreten. - für uneingeschränkte Anwendung der Bedingungstheorie: Wegner, S. 93, 103; Schönke-Schröder, Vorbem. IV 3d; Schwarz-Dreher, Erl. 3b vor § 1

Auch ist die Rauschtat, für die der Kraftfahrer wegen eines verschuldeten Vollrausches haftet, jedenfalls bei den Delikten der §§ 222, 230 StGB keine vorsätzliche Handlung. Selbst bei Bejahung der Lehre vom Regreßverbot muß daher anerkannt werden, daß ein Erfolg durch mehrere Nebentäter fahrlässig verursacht werden kann ¹⁾.

B. Nebentäterschaft.

1. Allgemeine Grundlagen.

- a) Abgrenzung von positivem Tun und unechtem Unterlassungsdelikt.

Bei der Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer ist häufig zweifelhaft, ob die strafrechtlich relevante Handlung des Dritten in einem Tun oder einem Unterlassen besteht. Die Abgrenzung von unechtem Unterlassungsdelikt und Begehungsdelikt ist sehr oft problematisch. Folgender vom RG ²⁾ entschiedener Fall möge zur Verdeutlichung betrachtet werden:

Der Fabrikant F verarbeitete Ziegenhaare chinesischer Herkunft, ohne sie vorher desinfizieren zu lassen. Fünf Arbeiter starben an Milzbrand. In diesem Falle ist es sehr zweifelhaft, ob eine Begehungstat (das Verarbeitenlassen der Haare) oder eine Unterlassungstat (Unterlassung des Desinfizierens), strafbar nur bei Garantenpflicht, vorliegt. Exner ³⁾, Mezger ⁴⁾ und Schmidt ⁵⁾ neh-

1) v. Weber, a. a. O.

2) RGSt 63/211

3) Exner, Frank I S. 586

4) Mezger, Strafrecht Allg. Teil I § 26 Ziff. 2

5) Schmidt, Der Arzt im Strafrecht S. 79, 85

men hier eine Unterlassungsstraftat an, und zwar aus folgenden Gründen:

Dem Fabrikanten F werde nicht die Herausgabe der Haare an die Arbeiter oder gar deren Einkauf zum Vorwurf gemacht, sondern vielmehr die Unterlassung des Desinfizierens ¹⁾. Es sei unerheblich, daß der schädliche Erfolg auch durch positives Tun, nämlich durch die Hingabe der Haare verursacht worden sei. - Rein äußerlich gesehen, gibt der Fall genügend Anhaltspunkte, sowohl eine Begehungstat als auch eine Unterlassungstat anzunehmen. Die Unterscheidung von Begehungs- und Unterlassungstat ist jedoch keine Tatsachen-, sondern eine Wertungsfrage ²⁾.

Auch wenn der Täter "etwas tut", so drückt Mezger ³⁾ es aus, kann ein bloßes Unterlassungsdelikt vorliegen, wenn sich nämlich der Vorwurf nicht gegen das "etwas tun", sondern nur gegen das damit verbundene "etwas nicht tun" richtet.

In ähnlicher Weise argumentiert Schmidt ⁴⁾, die Unterscheidung von Begehungsdelikt und unechtem Unterlassungsdelikt richte sich nicht nach dem äußeren Bild des Verhaltens des Täters, sondern nach dem "sozialen Sinn", den es erfüllt. Mit Recht weist Schmidt darauf hin, daß die Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen nicht anknüpft an die Unterscheidung von Bewegung und Nichtbewegung ⁵⁾. Vielmehr muß jeweils geprüft werden, was den "sozialen Sinn" eines Verhaltens ausmacht. Schmidt bringt folgendes anschauliche Beispiel: Eine Mutter stellt bei

1) vgl. auch Baumann (Lehrb.) S. 195

2) Mezger, a.a.O.; Mayer, Allg. Teil S. 112

3) Mezger, a.a.O.

4) Der Arzt im Strafrecht, S. 79, 160

5) vgl. Nagler, GS 111/S. 33, der einen "Vorstoß bis zum Sinngehalt des Geschehens" verlangt und jede Anknüpfung an den Naturkausalismus ablehnt.

der Säuberung ihrer Wohnung ein offenes Gefäß mit Fliegengift auf die Erde mit der Folge, daß ihr Kind von dem Gift trinkt und eine schwere Gesundheitsschädigung erleidet. Es erscheint bei diesem Falle sinnwidrig, auf die Körperbewegung hinzuweisen, durch die das Gefäß auf den Boden gestellt wurde, das positive Tun also für die Gesundheitsschädigung des Kindes kausal anzusehen und deshalb den Fall unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung durch positives Tun zu betrachten. - Was dem Verhalten der Mutter seine soziale Sinnbedeutung verleiht, ist nicht die Tatsache, daß sie bei ihrer erlaubten und nützlichen Tätigkeit der Raumsäuberung das Gefäß auf den Boden gestellt hat; ein solches Versetzen aller Gegenstände von einem Ort zum andern läßt sich bei der Säuberung eines Raumes nicht verhindern. Entscheidend ist vielmehr, daß sie nicht verhindert hat (Unterlassen), daß ihrem Kind eine Schädigung widerfahren konnte.

Exner ¹⁾ behandelt weiterhin folgenden in der Literatur häufig besprochenen Fall ²⁾:

A und B fahren nach Einbruch der Dunkelheit hintereinander auf unbeleuchteten Fahrrädern. A fährt vorn, B hinterher. Der Radfahrer X kommt ihnen entgegen und sieht weder A noch B und stößt mit dem zuletzt fahrenden B zusammen. X wird tödlich verletzt. Es muß angenommen werden, daß X mit B nicht zusammengestoßen wäre, wenn wenigstens A sein Rad beleuchtet gehabt hätte.

Nach Ansicht Exners ³⁾ muß von einer Begehung-

1) Frank I, S. 586

2) vgl. hierzu Baumann (Lehrb.) S. 195; Mezger, (Allg. Teil I) § 26 Ziff. 2

3) a.a.O.

tat gesprochen werden. Nach seiner Ansicht wird dem Radfahrer A sein Handeln zum Vorwurf gemacht; es soll unerheblich sein, daß dieses Handeln nur deshalb vorwerfbar ist, weil es gewisse Eigenschaften nicht zeigt und ein gewisses anderes Verhalten nicht zugleich aufweist. Im übrigen führt Exner aus, von einem unechten Unterlassungsdelikt könne man nur sprechen, wenn der Täter die Pflicht gehabt habe, einen eingetretenen Erfolg zu verhindern. Der Radfahrer A habe jedoch nicht die Verpflichtung gehabt, Zusammenstöße zwischen anderen Radfahrern zu verhindern, er dürfe sie nur nicht herbeiführen.

Diese Betrachtungsweise Exners vermischt unzulässigerweise zwei Hauptfragen, die bei unechten Unterlassungsdelikten von Bedeutung sind: Es wird nicht scharf getrennt zwischen

- 1.) welches ist der Gegenstand der strafrechtlichen Wertung ? Knüpft die Strafbarkeit an ein Unterlassen oder an ein positives Tun an ?
- 2.) Besteht eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ?

Die Ansicht Exners, die im wesentlichen auch von Maurach ¹⁾ und Schönke-Schröder ²⁾ geteilt wird, führt zu folgendem Ergebnis: Bei einer unvorsichtigen Handlung darf der strafrechtlich relevante Teil des Verhaltens nicht in einem Unterlassen einer ordnungsmäßigen Handlung gesehen werden. Als Richtlinie wird aufgestellt, daß in diesen Fällen im Zweifel positives Tun anzunehmen ist.

1) (Allg. Teil) § 45 I C 3
2) Vorbem. V 3 vor § 1

Besonders instruktiv in diesem Zusammenhang ist ein vom BGH ¹⁾ entschiedener Fall:

Ein Ehemann verläßt seine Ehefrau, obwohl diese ihm mit Selbstmord gedroht hat. Die Ehefrau begeht Selbstmord.

Sieht man die Handlung des Ehemannes in einem positiven Tun, nämlich im Weggehen, so bereitet die Frage der Rechtswidrigkeit außerordentliche Schwierigkeiten. Sieht man dagegen die Handlung des Mannes in dem Unterlassen des Dableibens, so könnte er eine rechtswidrige Tötungshandlung nur dann begangen haben, wenn er zum Bleiben verpflichtet gewesen wäre. Bei der Frage, ob im letzteren Fall ein positives Tun oder ein unechtes Unterlassungsdelikt vorliegt, ist vom strafrechtlich bedeutsamen Erfolg auszugehen. Von dort aus zurückgehend, ist die nächste selbständige Ursache dieses Erfolges aufzusuchen, gegen die sich der eigentliche Vorwurf richtet. Nur dann, wenn diese Ursache eine Unterlassung ist, liegt ein unechtes Unterlassungsdelikt vor. In dem vom BGH ²⁾ entschiedenen Fall ist die nächste selbständige Ursache des Todes der Ehefrau das Unterlassen der Fortführung der ehelichen Lebensgemeinschaft ³⁾; hier liegt auch der Schwerpunkt des vorwerfbaren Geschehens ⁴⁾.

Als Ergebnis ist somit folgendes festzuhalten: Ob ein positives Tun oder ein Unterlassen in Betracht kommt, ergibt sich im Einzelfall aus der Bedeutung des Verhaltens des Täters. Eine Tatbestandserfüllung durch positives Tun ist dann anzunehmen, wenn das aktive Verhalten des

1) BGHSt 7/268

2) a.a.O.

3) vgl. Baumann (Lehrb.) S. 195

4) BGHSt 6/59

Täters als solches bereits verboten oder vorwerfbar ist.

Ein unechtes Unterlassungsdelikt wird vorliegen, wenn das positive Tun des Täters als solches nicht verboten ist, der Täter es aber unterläßt, die zugleich mit seinem erlaubten Tun auftretenden Gefahren zu bekämpfen. Es ist daher in jedem Einzelfall unter Betrachtung des Gesamtvorganges eines bestimmten Verhaltens festzustellen, wo der Schwerpunkt des vorwerfbaren Geschehens liegt.

b. Rechtspflicht und Garantenpflicht.

Nicht jedes Unterlassen ist strafrechtlich dem aktiven Tun gleichwertig. Es muß vielmehr ein besondere Pflichtenverhältnis eigener Art bestehen, kraft dessen der einzelne einen drohenden Erfolg verhindern muß (Erfolgsabwendungspflicht = Garantenpflicht). Falls daher die Handlung eines außenstehenden Dritten bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer lediglich in einem Unterlassen zu sehen ist, muß für die strafrechtliche Erfassung des Dritten eine Garantenpflicht bestehen. Auf Grund dieser Garantenpflicht muß er dafür einstehen, daß kein widerrechtlicher Erfolg, z.B. die Tötung oder Körperverletzung anderer Verkehrsteilnehmer eintritt.

Bei der Feststellung einer solchen speziellen Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ist besondere Zurückhaltung geboten, um die Strafbarkeit von Unterlassungen nicht ins Unübersehbare auszudehnen. Dabei ist eine bloße Rechtspflicht zum Handeln nicht mit der Garantenpflicht gleichzusetzen.

Insbesondere kann eine rechtliche Verpflichtung zur Begründung einer Garantenstellung und Garantenpflicht des Unterlassenden nicht genügen, die in einer bloßen Gebotsnorm enthalten ist. Die Nichterfüllung einer durch § 330a StGB gebotenen Hilfeleistungspflicht genügt allein nicht zur Begründung einer Garantenstellung des Unterlassenden ¹⁾.

Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung kann sich aus der Begründung und Erhöhung von Gefahren ergeben. Nur innerhalb dieser Grenzen trifft es zu, in dem vorangegangenen Tun ²⁾ einen Rechtsgrund zur Abwendung des schädlichen Erfolges zu erblicken.

Der Arzt, der eine operative Behandlung übernimmt, darf diese vor ihrem Abschluß nicht zum Schaden des Patienten abbrechen. Es ist jedoch nicht möglich, aus der freiwilligen Übernahme einer Hilfeleistung, z.B. der Begleitung eines auf der Straße angetroffenen Gebrechlichen, eine Pflicht zur Fortsetzung des Handelns ins Unbegrenzte zu folgern. Man darf den Hilflosen nur nicht in einem Zustand oder in einer Gefahr verlassen, die man selbst hervorgerufen oder verschärft hat. In diesem Fall hat man, wie Sauer ³⁾ formuliert, "einen sozialschädlichen Erfolg in Lauf gesetzt" und ist verpflichtet, diesen selbstgeschaffenen Zustand zu beseitigen. Eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung folgt jedoch nicht aus einer freiwillig übernommenen Hilfe, die nur

1) Schönke-Schröder, Vorbem. IV2; Baumann (Lehrb.) S. 199; LK (1957) S.37; BGHSt 3/67; BGH JR 56/347 - a.A. RGSt 71/189
2) RGSt 46/343, 58/130, 73/57; BGHSt 4/20
3) GS 114/304 mit ausführlichen weiteren Nachweisen

als eine zeitweilige gedacht war. Sonst würde aus der Nächstenliebe ein unbegrenztes Einste-
hen für Körperverletzungen und Tötungen ande-
rer Personen folgen ¹⁾.

Zu weitgehend ist es ferner, die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung in das Gebiet der morali-
schen oder der sozialen Pflichten auszudehnen ²⁾. Zur Hilfeleistung in Krankheit und Not ist
(abgesehen von dem Sonderdelikt des § 330c)
nicht jedermann verpflichtet. Vor allem aber
lautet, was nicht immer genügend beachtet wird,
die entscheidende Frage nicht: Wie weit reicht
die Rechtspflicht zur Hilfeleistung? Vielmehr
ist entscheidend, wie weit die Rechtspflicht
zur Erfolgsabwendung mit der Folge strafrecht-
licher Haftung bei ihrer Verletzung reicht.

Aus zahlreichen Betriebs- und Verkehrsvorschrif-
ten der Straßenverkehrsordnung und der Straßen-
verkehrszulassungsordnung ergeben sich verschie-
denartige Verpflichtungen zur Verhütung von
Verletzungen. Aber auch ohne derartige Regelun-
gen, die nur Ausschnitte und typische Fälle her-
ausgreifen können, besteht eine allgemeine Für-
sorgepflicht zur Verhütung von Schäden für den
Verfügungsberechtigten über ein Kraftfahrzeug.
Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ergibt
sich hier aus der Pflicht, Sachen so instandzu-
halten und deren Gebrauch zu überwachen, daß
sie keine Gefahr für fremde Rechtsgüter bilden ³⁾.

1) Sauer, a.a.O.

2) so RGSt 74/189: Jeder Volksgenosse sei ver-
pflichtet, strafbare Handlungen anderer zu
verhindern; vgl. auch RGSt 76/164

3) Sauer, GS 114/304; Welzel, Das Deutsche
Strafrecht (1960) S. 191

Der im Augenblick verfügbungsberechtigte Inhaber einer Wohnung, von Aufenthaltsräumen und Verkehrsmitteln kann je nach der Gefahrenlage die verschiedensten Erfolgsabwendungspflichten haben. So begeht Kuppelei, wer die Unzucht der zur Hausgemeinschaft gehörenden auch volljährigen Kinder nicht verhindert ¹⁾. Garantenpflichten können nur aus speziellen Vertrauensverhältnissen abgeleitet werden, in denen die Abwehr bestimmter Gefahren erwartet wird. Welche Vertrauensverhältnisse im einzelnen in Betracht kommen, insbesondere zu welchen Tätigkeiten sie verpflichten, ist stets nach dem konkreten sozialen Lebensbereich und vor allem im Hinblick auf die verschiedenen Tatbestände verschieden zu beurteilen ²⁾.

Handlungspflichten, die nicht über ein Sondergebiet hinausreichen, fallen für die Begründung einer Garantenpflicht aus ³⁾. Rechtspflichten solcher Art enthält insbesondere das Disziplinarrecht mit seiner in der Regel nur die enge Gemeinschaft angehenden Bindung, andererseits das Privatrecht, soweit es sich auf das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander beschränkt. Es ist jedoch zu beachten, daß in solchen Fällen die auf Grund des Vertrages erfolgte tatsächliche Einnahme einer Vertrauens- und Aufsichtsstellung besondere Grundlage einer Garantenpflicht sein kann ⁴⁾.

Entscheidend ist es, die sozialen Beziehungen

1) Sauer, a.a.O.; RGSt 67/314; RG GA 54/164; RGSt 58/98, 266

2) Welzel, a.a.O.

3) LK (1957) S. 36

4) Schönke-Schröder, Vorbem. VI 2 g; Nagler, LK (1957) S. 36, S. 38

zwischen den Beteiligten, insbesondere dem Unterlassenden und dem Verletzten, auf die Verteilung der Pflichten sowie von Vorteil und Schaden hin zu untersuchen ¹⁾. Gemeinsam ist allen Fällen, daß der Unterlassende aus engerer sozialer Ordnung zur Abwendung des verbotenen Erfolges verpflichtet ist ²⁾.

Unter Beachtung der vorstehenden allgemeinen Grundsätze sind auch die im besonderen Teil dieser Arbeit zu untersuchenden Garantenpflichten außenstehender Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer aus der Sozialstellung der Beteiligten zu entwickeln.

c. Haftung bei verantwortlichem Handeln des unmittelbaren Täters.

Die Rechtsprechung hat die Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun in letzter Zeit stark ausgeweitet. Dabei geht man davon aus, daß jeder Beitrag zum Entstehen einer Gefahrenlage auch die Pflicht zur Verhinderung eines möglichen schädlichen Erfolges begründet. Es bleibt dabei unberücksichtigt, daß die unmittelbare Ursache für den Eintritt eines schädlichen Erfolges auf dem eigenverantwortlichen Handeln eines Dritten beruht (z.B. der Zechgenosse eines Kraftfahrers leistet einen Beitrag zur Entstehung einer Gefahrenlage für die anderen Verkehrsteilnehmer, der Antritt der Trunkenheitsfahrt beruht jedoch auf dem eigenverantwortlichen Entschluß des Kraftfahrers). Besonders deutlich wird die Entwicklung der ge-

1) Sauer, GS 114/S. 304 ff.

2) Schönke-Schröder, Vorbem. VI 2 mit weiteren Nachweisen

nannten Rechtsprechung auf dem Gebiet der Aussage- und Eidesdelikte:

RGSt 74/38 nimmt an, daß eine Partei, welche die zunächst uneidlich falsche Aussage des Zeugen bestätigt hat, hieraus die Verpflichtung habe, seine Vereidigung auf die falsche Aussage zu verhindern. RGSt 74/283 läßt genügen, daß die Partei den Zeugen für eine unrichtige Aussage benannt hat und dadurch seine Ladung und Vernehmung veranlaßte. An anderer Stelle ¹⁾ fordert das RG allerdings zusätzlich, daß besondere Umstände vorliegen müssen, die den Zeugen einer erhöhten Versuchung zur Unwahrhaftigkeit aussetzen, z.B. die Tatsache, daß er die Wahrheit nicht sagen kann, ohne sich selbst einer unehrenhaften oder strafbaren Handlung zu bezichtigen. Ist solch ein Umstand aber gegeben, so soll eine Pflicht zur Verhinderung eines Meineides auch dann bestehen, wenn die Partei den Zeugen zwar nicht selbst benannt hat, aber durch wahrheitswidriges Bestreiten einer gegnerischen Behauptung das Gericht genötigt hat, den Zeugen zu hören ²⁾.

Diese Rechtsprechung ist auch vom BGH zunächst in vollem Umfang übernommen worden ³⁾.

In neuerer Zeit hat sich jedoch eine Abkehr der BGH-Rechtsprechung von den reichsgerichtlichen Thesen bemerkbar gemacht. Aufschlußreich für diese neue Entwicklung ist folgender vom BGH entschiedener Fall ⁴⁾:

Die Angeklagte hatte den von ihrem Ehemann behaupteten Ehebruch wahrheitswidrig bestritten und erklären lassen, der vom Kläger benannte

1) RGSt 75/271

2) vgl. auch RGSt 72/23

3) BGHSt 1/27, 2/133, 3/18; NJW 60/1356

4) NJW 53/1399

Zeuge möge vernommen werden. Diesem hatte sie dann mehrfach geraten, er möge die Aussage verweigern, sie selbst werde auf keinen Fall schwören. Als der Zeuge dann gleichwohl den Ehebruch leugnete und diese Aussage beschwor, schwieg sie. - Der BGH meint, wegen jenes Ratschlages zur Aussageverweigerung dürfe das Verhalten der Angeklagten nicht als Herbeiführung der Gefahr zur Falschaussage beurteilt werden. Jedoch ändert der gute Rat nichts an den objektiven Umständen, auf denen die Gefährlichkeit der Situation für den Zeugen beruhte. Wenn der BGH meint, daß die Angeklagte keine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung gehabt habe, so erklärt er damit letztlich, daß bloße Maßnahmen der Prozeßführung, selbst unrichtige Behauptungen und die Veranlassung einer Zeugenvernehmung, eine derartige Pflicht nicht begründen können.

Diese Einschränkung des Entstehens einer Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun findet sich in noch stärkerem Maße in einer weiteren BGH-Entscheidung ¹⁾:

Der Angeklagte hatte als Anwalt Zeugenbeweis für eine Behauptung angetreten, die er für richtig hielt. Er erlebte dann, daß der Zeuge eine Aussage machte und beschwor, die seiner Partei noch günstiger, aber unrichtig war. - Der BGH läßt erkennen, daß er eine Pflicht zur Verhinderung der falschen Aussage und des Eides erst dann für gegeben hält, wenn der Täter den Zeugen in die "besondere, dem Prozeß nicht mehr eigentümliche (inadäquate) Gefahr der Falschaussage" gebracht hat. In ähnlicher Weise führt Maurach ²⁾ aus, daß eine Garantenstellung nur

1) BGH NJW 53/1723

2) Maurach, Strafrecht Allg. Teil (1954) § 23
III C 4

durch solche Vorhandlungen begründet werden könne, die eine "sozial inadäquate" Gefahr heraufbeschwören. Daran aber fehle es z.B. bei außerprozessualen Vorhandlungen (etwa bei der Anknüpfung eines ehebrecherischen Verhältnisses, das zum Ehescheidungsrechtsstreit führt) schon deshalb, weil solches Tun nicht notwendig die bestimmte Gefahr gerade einer falschen Zeugenaussage näherrücke. Bei Vorhandlungen im Prozeß (Leugnen, Bestreiten, Benennung der Zeugen) sei die Versuchung zu einer falschen Aussage gerade die Gefahr, die der Zeuge im Prozeß regelmäßig bestehen müsse. Es fragt sich jedoch, ob nicht das von Maurach erstrebte Ziel einer Einschränkung der Garantenpflicht aus vorangegangenen Tun auf andere Weise zu begründen ist. Es wird sich nämlich z.B. bei der Unterhaltung ehebrecherischer Beziehungen sagen lassen, daß sie die Beteiligten regelmäßig der nahen Möglichkeit aussetzen, eines Tages im Prozeß unwahre Aussagen zu machen ¹⁾. Auch läßt sich die Erfolgsabwendungspflicht eines schlichten Zechgenossen nicht deshalb verneinen, weil er nicht die bestimmte Gefahr einer fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung durch den betrunkenen Kraftfahrer herbeiführe, mit dem er gezecht hat. Die Lösung ergibt sich aus einer anderen Überlegung. Der Rechtssatz, wonach die Herbeiführung einer Gefahr die Pflicht zur Erfolgsabwendung begründet, meint nicht solche Gefahren, die nur darin bestehen, daß die naheliegende Möglichkeit der Begehung einer strafbaren Handlung geschaffen wird. Beim Meineid kann die Gefährdung der Rechtspflege nur dadurch zustande

1) Bockelmann, NJW 54/697 ff.

kommen, daß der Zeuge in die Gefahr gebracht wird, falsch auszusagen und er dieser Gefahr auch erliegt. Es ist jedoch nicht unbedingt notwendig, daß der Zeuge falsch aussagt. Der Zeuge ist dazu da, dem Richter durch seine Aussage eine Entscheidung über das streitige Parteivorbringen zu ermöglichen. Der Zeuge selbst trägt für die Wahrheit seiner Aussage die alleinige Verantwortung. Er ist kein Werkzeug dessen, der ihn als Zeuge benannt ¹⁾. Ebenso liegt es bei der Haftung dessen, der einem Kraftfahrer Alkohol ausschenkt. Eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung entsteht nur dann, wenn der Kraftfahrer in Folge der Volltrunkenheit (§ 51 Abs.1 StGB) nicht mehr eigenverantwortlich handeln kann. Im übrigen ist der Kraftfahrer selbst dafür verantwortlich, ob er sich ans Steuer seines Wagens setzt oder nicht.

Nicht jede Mitverursachung einer Gefahr löst eine Garantenpflicht aus, insbesondere dann nicht, wenn sich die Mitverursachung erst über das eigene Handeln eines Dritten auswirkt ²⁾.

d. Möglichkeit und Zumutbarkeit des Handelns.

Bei den unechten Unterlassungsdelikten bedarf oft noch folgender Gesichtspunkt der Prüfung: Ob eine Pflicht zum Tätigwerden besteht, hängt davon ab, ob ein positives Handeln überhaupt möglich war und weiter von dem Maß der Schwierigkeiten und Widerstände, die der Unterlassende

-
- 1) vgl. Bockelmann, NJW 54/700; Mezger, DR 40/637
2) Welzel, JZ 60/178; OLG Oldenburg NJW 61/1938;
zu der Frage, inwieweit jeder für sich die alleinige Verantwortung trägt vgl. auch: Hartung: JR 55/348; Werner, LM Nr. 26 zu § 222 StGB

zu überwinden hat.

Eine Rechtspflicht zum Tätigwerden besteht jedenfalls dann nicht, wenn es dem Täter unmöglich war, den Erfolg zu verhindern. Wer vom Ort des Unglücks soweit entfernt ist, daß er nicht einschreiten kann, wer nicht in der Lage ist, den Ertrinkenden zu retten, weil er selbst nicht schwimmen kann, verletzt keine Pflicht zur Erfolgsabwendung. Diese Fälle liegen nicht anders als der des positiven Tuns unter unwiderstehlichem Zwang. Zu denken ist etwa an den Fall, daß jemandem mit Gewalt die Hand geführt wird. Rechtswidriges Unterlassen setzt somit als rechtlich relevantes menschliches Verhalten in allen Fällen die Möglichkeit voraus, in sinnvoller Weise tätig zu werden ¹⁾.

Die eigentlichen Schwierigkeiten beginnen dort, wo dem Handeln zwar Widerstände entgegenstehen, ihre Überwindung aber doch durch mehr oder weniger großen Einsatz, unter Opfern und Gefahren möglich wäre. Der Gastwirt könnte den betrunkenen Fahrer an der Weiterfahrt hindern, evtl. sogar die Polizei herbeirufen, müßte jedoch damit rechnen, daß der Gast sein Lokal nie wieder aufsucht. Die Eltern könnten ihren Sohn zwar daran hindern, in betrunkenem Zustande ein Kfz zu führen, aber er würde dann vielleicht ausziehen und seine Beziehungen zu den Eltern lösen, die unter Umständen auf seine wirtschaftliche Hilfe angewiesen sind. Der für das Fahrzeug verantwortliche Fahrer könnte zwar einen betrunkenen Fahrgast an der Führung des Kfz hindern, müßte jedoch erwarten,

1) Nagler, GS 111, S. 70, 72; Baumann, (Lehrb.) S. 376; Sauer, GS 114/S. 315; Schönke-Schröder, Vorbem. VI 3; RGSt 57/193 (197); BGHSt 6/57

daß er auf Grund des zwischen ihm und dem Fahrgast bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses berufliche Schwierigkeiten haben könnte. Diese Fälle werden in der Regel unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit behandelt, den auch die Kuppeleirurteile des RG ¹⁾ ausdrücklich in den Vordergrund stellen. Es ist bisher insbesondere in der Rechtsprechung nicht deutlich geworden, ob die Unzumutbarkeit des Handelns die Tatbestandsverwirklichung oder das Verschulden betrifft. So spricht der BGH in seinem bekannten Kuppeleirurteil ²⁾ einerseits davon, ein bloßes Unterlassen könne nur dann der aktiven Förderung der Unzucht gleichgestellt werden, wenn die zur Erfolgsabwendung geeigneten Maßnahmen nach Lage der Dinge auch rechtlich zumutbar sind, während er an anderer Stelle von einem Schuldaußschließungsgrund spricht. ³⁾ Maurach ⁴⁾ will die Frage der Zumutbarkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten nur insoweit berücksichtigen, als die in den §§ 52,54 StGB dargestellten typischen Situationen vorliegen. Für ihn kann daher die Unzumutbarkeit des Handelns lediglich mangelnde Vorwerfbarkeit gem. §§ 52,54 StGB bedeuten ⁵⁾.

Richtigerweise muß angenommen werden, daß das Entgegenstehen ungewöhnlicher Schwierigkeiten Bestand und Art der Pflicht berührt. Je größer die Schwierigkeit ist, desto mehr verliert die Pflicht an Gewicht, bis sie sich aus der Pflicht zur Abwendung des Erfolges in die anders-

1) RGSt 58/98, 227

2) BGHSt. 6/57

3) so auch z.B. von Liszt-Schmidt, S.225 Anm. 5 mit weiteren Hinweisen

4) Allg. Teil (1958) S. 481

5) Maurach, Allg. Teil (1958) S. 484

geartete Pflicht zur Hilfeleistung verwandelt oder gar aufhört, eine Rechtspflicht zu sein. Da es sich darum handelt, die Grenzen der Pflicht zum Eingreifen zu bestimmen und die Gesetze nur die Erfüllung zumutbarer Pflichten verlangen, entfällt bei Unzumutbarkeit bereits die Pflicht zur Erfolgsabwendung ¹⁾.

Die Frage, wann die Vornahme einer Handlung wegen Gefährdung eigener billigenswerter Interessen nicht zumutbar ist, kann nur nach Lage des einzelnen Falles beurteilt werden ²⁾. Dabei ist entscheidend, ob den Täter auf Grund seiner sozialen Beziehung zu dem Verletzten besonders strenge Pflichten treffen und wie groß das abzuwendende Übel ist. Weiterhin ist Rücksicht zu nehmen auf die persönlichen Fähigkeiten des Täters, während die Zumutbarkeit einer erfolgsabwendenden Handlung nicht allein nach dem Allgemeininteresse an der Verhütung des Erfolges bestimmt werden kann ³⁾. Fälle, die beim positiven Tun nach §§ 52, 54 StGB zu beurteilen wären, beseitigen auch auf dem Gebiet des unechten Unterlassungsdeliktes die Zumutbarkeit und damit bereits die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung. Neben seelischen Zwangslagen sind auch die Fälle der Interessenabwägung zu beachten; auch persönliche und individuelle Umstände, die dem Unterlassenden ein Handeln wesentlich erschweren (z.B. schlechter Gesundheitszustand oder besondere wirtschaftliche Lage) können die Haftung entfallen lassen. Das

1) Schönke-Schröder, Vorbem. VI 3; Kohlrausch-Lange, S. 9; Mayer, Allg. Teil S. 119

2) Schönke-Schröder, a.a.O.; Beispiele: RGSt 58/98, 70/393; BGHSt 7/271

3) Nagler, GS 111/S. 82

in § 330c StGB enthaltene Regulativ ("obwohl die Hilfeleistung erforderlich und dem Täter den Umständen nach zuzumuten ist") ist auf alle Unterlassungstaten, auch auf die unechten auszu-dehnen.

e. Der Irrtum über die Garantenpflicht als Verbotsirrtum.

Der Kenntnis und dem Bewußtsein der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung bei den hier behandelten Unterlassungsstraftaten wird eine ihr in Wahrheit nicht zukommende Bedeutung beigemessen. Die Rechtsprechung bemüht sich um die Feststellung ¹⁾, der Gastwirt sei sich seiner Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung klar bewußt gewesen, wie insbesondere daraus geschlossen werden könne, daß er zunächst bemüht gewesen sei, den Kraftfahrer am Weitertrinken und Weiterfahren zu hindern.

Im folgenden soll untersucht werden, welchen Einfluß auf die Strafbarkeit gemäß §§ 220, 230 StGB die Verteidigung hat, der Täter sei sich nicht dessen bewußt gewesen, daß ihn eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung getroffen habe.

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es der Prüfung folgender Punkte:

- a) Setzt die Bestrafung wegen eines vorsätzlichen Unterlassungsdeliktes voraus, daß der Täter sich der Rechtspflicht, zur Erfolgsabwendung tätig zu werden (Garantenpflicht), bewußt ist?
- b) Läßt sich das für die vorsätzlichen Unterlassungsdelikte gefundene Ergebnis auch auf die in dieser Untersuchung in Rede stehenden fahr-

1) BGHSt 4/20; KG VRS 11/357

lässigen Unterlassungsdelikte anwenden, wie es die Rechtsprechung ¹⁾ offensichtlich meint ?

Auszugehen ist davon, daß der BGH nicht der Vorsatztheorie folgt, die als Voraussetzung der Vorsatzstrafe neben der Kenntnis der Tatbestandsmerkmale das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangt. ²⁾ Er hat sich vielmehr zu der inzwischen herrschenden Schuldtheorie bekannt, die den Vorsatz als die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale auffaßt und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als ein vom Vorsatz getrenntes Element der Schuld begreift ³⁾.

Die Frage, welche Bedeutung der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung für Schuld oder Vorsatz zukommt, soll nach der herrschenden Lehre ⁴⁾ davon abhängen, ob sie zum äußeren Tatbestand des unechten Unterlassungsdeliktes gehört oder die Rechtswidrigkeit betrifft. Je nach der Einordnung in den einen oder anderen Rahmen soll ihre Behandlung den Grundsätzen des Tatbestands- oder Verbotsirrtums unterliegen.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Ansicht richtig ist. Ein Verbotsirrtum liegt vor, wenn der Täter über das Verbotensein der Tat im Ganzen irrt ⁵⁾. Dabei ist es gleichgültig, ob die Garantenpflicht in den äußeren Tatbestand einge-

1) BGH, a.a.O.; KG, a.a.O.

2) Schönke-Schröder, § 59 V 1 mit weiteren Nachweisen über die Vorsatztheorie

3) Gr.Str.Sen. BGHSt 2/194; OLG Oldenburg SJZ 50/Spalte 834

4) Schönke-Schröder, § 59 III 8b am Ende; Gr.Str.Sen. BGH NJW 61/1682; Maurach, AT (1958) S. 369 ff.

5) Baumann (Lehrb.) S. 342 ff.; zur Abgrenzung zwischen Verbotsirrtum und Tatumstandsirrtum vgl. Karl Peters, Kriminalpädagogik, S. 85, bes. S. 85 Anm. 221

ordnet wird oder in die Rechtswidrigkeit. Entscheidend ist vielmehr der sachliche Inhalt des Irrtums. Würde die h.L. richtig sein, so würden bei Zugrundelegung der Schuldtheorie folgende merkwürdige Ergebnisse möglich sein: Würde der Gesetzgeber die Amtsbefugnis zur Festnahme als Rechtfertigungsgrund normieren, so würde die irrice Annahme einer nicht bestehenden Befugnis ein Verbotsirrtum sein und den Vorsatz des Täters unberührt lassen. Der Täter könnte gemäß § 239 StGB bestraft werden. Würde aber der Gesetzgeber die Amtsbefugnis zur Festnahme als negative Voraussetzung in den Tatbestand des § 239 StGB einbauen, so wäre die irrice Annahme des Täters, zur Freiheitsberaubung befugt zu sein, ein den Vorsatz ausschließender Tatumstandsirrtum. Der Irrtum des Täters würde also in beiden Fällen seinem sachlichen Inhalt nach gleich sein und dennoch verschiedene Rechtsfolgen haben.

Da jedoch in der Regel davon ausgegangen werden kann, daß in dem äußeren Tatbestand eines Deliktes keine Merkmale enthalten sind, die die allgemeine Rechtswidrigkeit der Tat betreffen, kommt die h.L. auch in der Regel zu richtigen Ergebnissen.

Bei der folgenden Untersuchung, welche Bedeutung einem Irrtum über die Garantenpflicht für Vorsatz und Schuld zukommt, kommt es somit allein darauf an, ob das Bewußtsein der Garantenpflicht mehr dem Bewußtsein der allgemeinen Rechtswidrigkeit oder aber der Kenntnis der tatsächlichen Umstände (Tatbestandsmerkmale) gleichzusetzen ist.

Die in der Literatur h.L. ¹⁾ sieht im Anschluß an Nagler ²⁾ die Begründung der Garantenstellung als ein Problem der Tatbestandsmäßigkeit an und will daher nach der oben geschilderten Meinung einen Irrtum darüber als Tatbestandsirrtum behandeln. Fast alle Vertreter derjenigen Meinung, die die Rechtspflicht nicht bei der Tatbestandsmäßigkeit, sondern bei der Rechtswidrigkeit einordnen ³⁾, unterscheiden zwischen den Umständen, die die Rechtspflicht ergeben (Garantenstellung) und der Rechtspflicht selbst (Garantenpflicht). Sie zählen die Garantenstellung zu den Tatbestandsmerkmalen des unechten Unterlassungsdeliktes, die Garantenpflicht dagegen zur Rechtswidrigkeit ⁴⁾. Entsprechend behandeln sie den Irrtum über die Garantenstellung als Tatbestandsirrtum und den Irrtum über die Garantenpflicht als Verbotsirrtum.

Die Rechtsprechung des RG zu dieser Frage war uneinheitlich: während das RG zunächst ohne Unterscheidung von Garantenstellung und Garantenpflicht beides unter dem Gesichtspunkt der Tatbestandsverwirklichung betrachtete ⁵⁾ sehen spätere Entscheidungen hier eine Frage der Rechtswidrigkeit ⁶⁾.

Der BGH hat zunächst entschieden, daß der Irrtum über die Garantenpflicht unerheblich sei ⁷⁾.

1) Schönke-Schröder, Vorbem. VI 5 mit weiteren Nachweisen; Gallas, JZ 52/371, 373; Lange, JZ 53/408 ff.; vgl. auch Kohlrausch-Lange, § 59 II 2 h; Maurach, AT (1958) S. 369 ff.

2) GS 111/51 ff.

3) Welzel, NJW 52/327, 329; Schwarz-Dreher, § 59 I A; Frank § 1 Anm. IV; Maurach, AT (1958) S. 471; Liszt-Schmidt, S. 189, 190

4) ebenso neuerdings Gr.Str.Sen.BGH NJW 61/1682; vgl. auch Baumann NJW 62/16 ff.

5) RGSt 51/12, 57/197

6) RGSt 63/394, 66/72

7) BGHSt 3/18

Diese Entscheidung lag jedoch zeitlich vor dem Beschluß des Gr.Str.Sen.¹⁾ und geht daher noch von der alten Rechtsprechung des RG aus, die zwischen Tatsachenirrtum, außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum²⁾ und strafrechtlichem Rechtsirrtum³⁾ unterscheidet. Der BGH zählte daher den Irrtum über die Garantenpflicht zum Strafrechtlichen Rechtsirrtum, der belanglos war.

Die übrigen Entscheidungen des BGH, die teils vor, teils nach dem Beschluß des Gr.Str.Sen. liegen, haben im wesentlichen die Auffassung vertreten, daß die Garantenpflicht Tatbestandsmerkmal des unechten Unterlassungsdeliktes sei und daher deren Bewußtsein zum Vorsatz gehöre⁴⁾

Die Vereinbarkeit dieser Auffassung mit der Schuldtheorie wurde in den genannten Entscheidungen nicht erörtert⁵⁾. Dazu bestand jedoch entgegen der neuerdings vom BGH vertretenen Ansicht⁶⁾ auch keine Veranlassung. Die rechtliche Einordnung der Garantenpflicht bei der Tatbestandsmäßigkeit führt nicht zur Außerachtlassung der Schuldtheorie, sondern legt nur die Voraussetzungen fest, auf welche die Schuldtheorie sodann angewendet wird. Die Einordnung der Rechtspflicht in die Tatbestandsmäßigkeit führt bei im übrigen folgerichtiger Anwendung der Schuldtheorie zum Vorsatzausschluß, die Einordnung bei der Rechtswidrigkeit zum Verbotsirrtum.

1) BGHSt 2/194

2) RGSt 60/75, 60/322

3) RGSt 58/172, 57/236

4) BGHSt 2/150, 155; 3/82, 89; NJW 53/591; BGHSt 4/327, 331; NJW 53/1838; BGHSt 5/187, 190; 14/229, 232

5) Der BGH hat allerdings in LM Nr.10 Vorbem. zu § 47 StGB Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Auffassung mit der Schuldtheorie geäußert.

6) BGH NJW 61/1682

Die konsequente Anwendung der Schuldtheorie allein führt nicht zur Lösung der Frage, ob der Irrtum über die Garantenpflicht den Verbotssirrtum darstellt¹⁾. Die Lösung hängt vielmehr allein davon ab, ob das Bewußtsein der Garantenpflicht mehr dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder aber der Kenntnis der tatsächlichen Umstände (Tatbestandsmerkmale) gleichzusetzen ist. Zum Tatbestand eines unechten Unterlassungsdeliktes gehören jedoch lediglich die zu einem tatbestandsmäßigen Erfolg führende Unterlassung und die tatsächlichen Umstände, die die Rechtspflicht ergeben (Garantenstellung). Die Garantenpflicht selbst ist kein Tatumstand, sondern ein Pflichtmoment, das bei der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen ist und daher den Grundsätzen des Verbotsirrtums (hier: Gebotsirrtums) unterliegt. Es ist in diesem Zusammenhang unerheblich, daß auch die Schuldtheorie normative Tatbestandsmerkmale anerkennt und daß die Umstände, welche die Garantenpflicht ergeben, unter Umständen normative Merkmale sein können. Die Garantenpflicht selbst kann jedoch nicht als normatives Tatbestandsmerkmal bezeichnet werden²⁾. Sie steht nicht gleichgeordnet neben den Merkmalen der Garantenstellung, sondern sie wird als Rechtsfolge aus einer Garantenstellung abgeleitet. Die Garantenpflicht stellt das Ergebnis einer rechtlichen Bewertung von tatsächlichen Umständen dar. Die Rechtswidrigkeit wird demnach bei den

1) BGH NJW 61/1682

2) BGH a.a.O.

unechten Unterlassungsdelikten durch die zu einem tatbestandsmäßigen Erfolge führende Unterlassung und die Garantenstellung des Unterlassenden indiziert. Die Rechtsordnung geht davon aus, daß jedes seiner Mitglieder, das die tatsächlichen Umstände kennt, die seine Garantenstellung ausmachen, sich auch der daraus fließenden Pflicht zur Erfolgsabwendung bewußt ist. Daß der Täter nicht ansprechbar ist, berührt nicht seinen Vorsatz, sondern die Schuld. Die Tatsache, daß die Garantenpflicht die Nichtabwendung eines Erfolges tatbestandlich der Herbeiführung des Erfolges gleichstellt, macht sie nicht selbst zum Tatumstand, sondern sie bleibt Rechtspflicht¹⁾. Der Irrtum über die Garantenpflicht ist daher als Verbotsirrtum anzusehen²⁾.

Die Folgen, die sich aus dem oben Dargelegten für die in dieser Untersuchung in Rede stehenden Delikte der §§ 222, 230 StGB ergeben, lassen sich am besten erkennen, wenn man die Rechtsfolgen betrachtet, die sich bei der Einordnung der Garantenpflicht in den Tatbestand des vorsätzlichen unechten Unterlassungsdeliktes ergeben würden (diese Einordnung wird hier nach dem oben Gesagten nicht vertreten, sondern soll nur hypothetisch erfolgen): Der Garant, dessen Untätigbleiben zu einem tatbestandsmäßigen Erfolg führt, der sich aber seiner Garantenpflicht nicht bewußt ist, würde bei Vermeidbarkeit des Irrtums wegen einer fahrlässigen Straftat bestraft werden, sofern

1) Welzel, NJW 53/327, 329

2) BGH a.a.O.; Welzel, NJW 52/327, 329; Schwarz-Dreher, § 59 I A; Frank, § 1 Anm. IV; vgl. auch Baumann, NJW 62/16 ff.

das Gesetz auch die fahrlässige Begehung unter Strafe stellt.

Aber auch bei einer Einordnung des Irrtums über die Garantenpflicht unter den Verbotsirrtum, - wie es hier geschehen ist, - würde sich für die hier in Rede stehenden Fahrlässigkeitsstraftaten kein anderes Ergebnis finden lassen. Der vermeidbare Irrtum über die Garantenpflicht führt zur Strafbarkeit wegen einer fahrlässigen Straftat; eine Bestrafung würde nur dann ausscheiden, wenn der Irrtum über die Garantenpflicht für den Täter unvermeidbar ist, da es insoweit an der Fahrlässigkeit fehlen würde.

Es ist also unrichtig, wenn die Rechtsprechung bisher glaubte,¹⁾ einen Gastwirt nur dann wegen fahrlässiger Tötung, begangen durch Unterlassung, bestrafen zu können, wenn festgestellt werden kann, daß er sich seiner Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung bewußt war, also kein Irrtum über die Garantenpflicht vorliegt. Richtig ist vielmehr, daß eine Bestrafung auch dann erfolgen kann, wenn der Täter sich der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung nicht bewußt war, sein Irrtum jedoch nicht entschuldbar ist, er also in vermeidbarer Weise seine Rechtspflicht verkannt hat.

Die in dieser Untersuchung aufgeführten Personenkreise sind daher als Unterlassungstäter gemäß §§ 222, 230 StGB unter folgenden Voraussetzungen zu bestrafen: Verkennen sie in vermeidbarer Weise die tatsächlichen Umstände,

1) BGHSt 4/20; KG VRS 11/357

aus denen sich ihre Garantenstellung ergibt, so liegt ein Tatumstandsirrtum vor, der zur Bestrafung gemäß §§ 222, 230 StGB führt, sofern die Täter bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt und nach ihren persönlichen Fähigkeiten ihre Garantenstellung hätten erkennen können. Kennen die Täter ihre Garantenstellung, nicht jedoch die daraus resultierende Garantenpflicht, so liegt ein Verbotsirrtum vor und eine Bestrafung gemäß §§ 222, 230 StGB kann erfolgen, wenn der Irrtum vermeidbar war und bei gehöriger Gewissensanspannung durch den Täter die Rechtspflicht hätte erkannt werden können ¹⁾.

2. Besonderer Teil -
Die Sozialstellung der Beteiligten.

- a) Die Beteiligung bei fahrlässiger
Tötung und Körperverletzung.
- aa) Rechtspflicht und Erfolgsabwendung
kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschriften.

In den Fällen, in denen der Führer eines Kraftfahrzeuges in Folge Alkoholbeeinflussung einen Verkehrsunfall verursacht und dabei einen Menschen getötet oder verletzt hat (§§ 222, 230 StGB), kann ein Dritter für die Tötung oder die Verletzung nur dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn er trotz Bestehens einer Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung untätig geblieben ist und die Trunkenheitsfahrt nicht verhindert hat.

1) vgl. BGHSt 2/194

Das bezieht sich allerdings nur auf die Fälle, in denen ein Dritter nicht durch positives Tun eine *condicio sine qua non* für den schädlichen Erfolg gesetzt hat ¹⁾. Im letzteren Falle ist der Dritte beim Vorliegen eines entsprechenden Verschuldens auch dann strafrechtlich verantwortlich, wenn sich eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung für ihn nicht feststellen läßt.

Am einfachsten ist die Rechtslage dann zu beurteilen, wenn sich eine solche Rechtspflicht für bestimmte Personengruppen bereits aus dem Gesetz ergibt.

- aal) Uniformierte Polizeibeamte -
Beschränktes Opportunitäts-
prinzip als Grundlage des
polizeilichen Handelns bei
besonderen Gefahrensituationen.

Zur Verdeutlichung der Problematik sei folgender Fall vorangestellt:

Ein Polizeibeamter bemerkt auf seiner Streifenfahrt, wie ein offensichtlich betrunkenener Kraftfahrer das Wirtshaus verläßt und sich anschickt, in sein vor der Gastwirtschaft abgestelltes Fahrzeug zu steigen und davonzufahren. Der Polizeibeamte greift nicht sofort ein, sondern beabsichtigt, den betrunkenen Fahrer ein kurzes Stück fahren zu lassen. Er will ihn dann anhalten, um ihn auf frischer Tat zu überführen. Der Polizeibeamte hält sein Vorgehen deshalb für zweckmäßig, weil die Straße verkehrsarm ist

1) so der Gastwirt, der dem Kraftfahrer zuviel Alkohol ausgeschenkt hat, sofern er schon beim Beginn des Alkoholausschanks weiß, daß der Gast ein Kraftfahrzeug bei sich führt und mit diesem auch fahren wird.- vgl. Lange, JZ 53/408 ff.

und es ihm bisher nie gelungen ist, diesen Fahrer zu fassen, obwohl ihm andererseits bekannt ist, daß der Fahrer häufig in betrunkenem Zustande gefahren ist. Der betrunkene Fahrer fährt nur einige Meter und tötet in Folge seiner völligen Fahruntüchtigkeit ein Kind.

Kann der Polizeibeamte nunmehr gemäß § 222 StGB als Nebentäter für den Tod des Kindes strafrechtlich verantwortlich gemacht werden ? § 12 POG NRW Abs.1, 2. Halbsatz vom 11. August 1953 (GVBl I S. 330) legt die Zuständigkeit der Kreispolizeibehörden fest, für die polizeiliche Verhütung und Verfolgung mit Strafe oder Geldbuße bedrohte Handlungen tätig zu werden ¹⁾.

§ 14 PVG NRW in der Fassung vom 27. November 1953 (GVBl I S. 402) besagt, daß die Polizeibehörden im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen haben, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwenden, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

Daß die Fahrt eines Betrunkenen mit einem Kfz eine strafbare Handlung darstellt und zugleich auch eine Gefahr bedeutet, nämlich die akute Möglichkeit einer Schädigung Dritter, ist unproblematisch. Fraglich bleibt nur, ob der Polizeibeamte gemäß §§ 12 POG, 14 PVG unbedingt verpflichtet war, sofort einzuschreiten. Diese

1) Nach 1945 ist in den neuen Landesgesetzen der Polizeibegriff und das materielle Eingriffsrecht der Polizei fast wörtlich gleichlautend mit § 14 PVG bestimmt worden, vgl. hierzu die Übersicht bei Drews-Wacke (7. Aufl. S. 27 ff.).

Frage läßt sich nur beantworten, wenn man den Aufgabenbereich der Polizei näher untersucht, um aus der Erkenntnis dieser Aufgaben die Pflichten des einzelnen Beamten zu umgrenzen: Das Reichsgericht hat wiederholt eine Verletzung von Pflichten für gegeben erachtet, die die Polizei bei Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 14 PVG zu erfüllen hat ¹⁾. Die Begründungen der Entscheidungen weichen insofern voneinander ab, als das RG in JW 39/240 die Maßnahme, deren Unterlassung als pflichtwidrig angesehen wurde, zu den Ermessensentscheidungen zählt, während RGZ 162/273 (275) ausführt, daß es gegenüber "unzweifelhaft verkehrsgefährdenden Zuständen" ein verwaltungsmäßiges Ermessen der Polizeibehörde nicht gebe. Hiermit ist zugleich die Problematik beleuchtet:

Wird das Handeln der Polizei vom Legalitätsprinzip oder vom Opportunitätsprinzip bestimmt ?

Das Legalitätsprinzip würde bedeuten, daß die Polizeibeamten stets dann, wenn die Voraussetzungen des § 14 PVG vorliegen, nicht nur einschreiten dürfen, sondern auch müssen und daß insoweit für ein verwaltungsmäßiges Ermessen kein Raum ist.

Die herrschende Meinung geht davon aus, daß nicht nur bei der Auswahl der Mittel, sondern auch schon bei der Entscheidung, ob die Polizei überhaupt einschreiten müsse, grundsätzlich das Opportunitätsprinzip gilt ²⁾. Nach dieser Ansicht steht es also im Ermessen der Polizei, ob sie bei Abwägung der polizeilichen und der

1) RG JW 39/240; RGZ 162/273

2) Hans Peters, S. 379; Drews-Lassar, § 14 Erl.13; Drews-Wacke, (1952) S.74 ff.; Jellinek, S. 36, 432 ff.; Friedrichs, § 14 Erl.35; BGH LM § 839 (Fg) Nr. 3

sonstigen im Spiele stehenden Interessen eingreifen will.

Der vorangestellte Fall zeigt jedoch eindeutig, daß die grundsätzliche Anerkennung des Opportunitätsprinzips nicht dazu führen kann, daß jede Pflicht der Polizei zum Einschreiten schlechthin zu verneinen sei. Selbst diejenigen, die das Opportunitätsprinzip mit größter Konsequenz vertreten, machen von vornherein gewisse Einschränkungen. So führt Drews ¹⁾ aus, daß die Polizei nach § 14 PVG zwar berechtigt, aber nicht ohne weiteres verpflichtet sei, in jedem einzelnen Gefahrenfalle einzugreifen. An anderer Stelle ²⁾ jedoch weist er darauf hin, daß das pflichtmäßige Ermessen der Polizei nicht etwa völlig freie Hand lasse und nicht in ihr unbeschränktes Belieben stelle, ob sie bei einer zu ihrer Kenntnis gelangenden polizeilichen Gefahr eingreifen wolle oder nicht, sondern von ihr in jedem Falle eine ernste sachliche Prüfung und sachliche Polizeigründe für ihren Entschluß fordere ³⁾.

Alle Vertreter des Opportunitätsprinzips anerkennen, wenn auch mit verschiedener Formulierung, daß es Gefahrenfälle gibt, in denen die Polizei einschreiten muß, ohne daß sie sich für ihr Untätigsein auf ein verwaltungsmäßiges Ermessen berufen könnte ⁴⁾. - Man mag insoweit von einem beschränkten Opportunitätsprinzip sprechen.

Fraglich bleibt jedoch, welcher Art die Gefahrenfälle sein müssen, bei denen die Polizei einschreiten muß.

1) Drews-Wacke, (1952) S. 75

2) a.a.O. S. 76

3) RGZ 138/259 (262)

4) Jellinek, S. 432; OLG Hamburg, LDR 62/130

Zur Abgrenzung bietet sich die Lehre des Verwaltungsrechts vom Ermessensmißbrauch oder der Ermessensüberschreitung an. Wenn sich das Untätigbleiben der Polizei eindeutig außerhalb der Ermessensgrenze bewegt, also ein Gefahrenzustand vorhanden ist, der den Polizeibeamten ein Tätigwerden zur unbedingten Pflicht macht, ist eine Verantwortlichkeit der Beamten für einen schädlichen Erfolg gegeben, wenn sie trotz der in diesem Falle bestehenden Rechtspflicht nicht eingeschritten sind. Ein fehlerhafter Ermessensgebrauch liegt immer dann vor, wenn die Tatsachen so liegen, daß ein Nichteinschreiten der Polizei offensichtlich untragbar wäre ¹⁾. Auf diese Abgrenzung läuft es auch hinaus, wenn ausgeführt wird, daß die Unterlassung einer Maßnahme dann rechtswidrig sei, wenn ein Handeln nach "allgemeiner Verwaltungserfahrung" ²⁾ geboten war. Wenn das RG ³⁾ für eine Ermessensbetätigung der Polizei bei "unzweifelhaft verkehrsgefährdenden Zuständen" keinen Raum mehr sieht, so handelt es sich hierbei um Fälle, in denen ein Nichteinschreiten einen fehlerhaften Ermessensgebrauch darstellt. Die Schranken des Opportunitätsprinzips können also richtigerweise nicht allein dadurch gefunden werden, daß man ausführt, es gebe Gefahrenzustände, die ein Einschreiten der Polizei unbedingt verlangen. Entscheidendes Kriterium ist vielmehr die ordnungsmäßige Betätigung des Ermessens; die vielfach

1) Hans Peters, S. 379; Drews-Wacke, (7.Aufl.), S. 163; neuerdings BVerwG. DVBl 61/126

2) Drews-Lassar, bei v.Brauchitsch § 14 Erl. 13

3) RGZ 162/273

zitierten besonderen Gefahrenzustände ¹⁾ geben lediglich die Grundlage für eine Prüfung ab, ob angesichts der besonderen Situation von dem Ermessen in richtiger Weise Gebrauch gemacht worden ist. Im Ergebnis freilich mögen all jene Abgrenzungsversuche zutreffend sein, denn in der Regel wird auch ein fehlerhafter Ermessensgebrauch vorliegen, wenn eine außerordentliche Gefahrensituation vorliegt, die Polizei aber nichtsdestoweniger untätig geblieben ist.

Näher an die hier vertretene Ansicht reichen die Ausführungen Jellineks ²⁾, der die Schranken des Ermessens als die Gefahrenpunkte der "Schädlichkeit" und des "Übermaßes" bezeichnet. Außerhalb dieser Schranken sei für die Betätigung des Ermessens insofern kein Raum, als die Polizei jenseits des Gefahrenpunktes der "Schädlichkeit" eintreten müsse, während sie jenseits des Gefahrenpunktes des "Übermaßes" nicht mehr einschreiten dürfe. Mit Recht führt er aus, daß sich die Polizei nicht mehr auf ihr Ermessen berufen könne, wenn die Untätigkeit der Polizei anfangs, so schädlich zu werden, daß das Recht ein Einschreiten fordere ³⁾. Auch hier klingt an, daß die besonderen Gefahrensituationen allein kein Kriterium für die Feststellung der Rechts-

-
- 1) RG a.a.O.; BGH LM § 839 (Fg) Nr.3 und Nr.5; Hans Peters, a.a.O.; vgl. auch RGZ 147/144: Das RG hat hier die Schadensersatzpflicht einer Gemeinde bejaht, weil die Polizei die Pflicht, gegen die unbefugt in das Haus des Klägers eingedrungenen Obdachlosen einzuschreiten, um dadurch strafbare Handlungen zu verhindern, fahrlässig verletzt hatte.
- 2) Jellinek, a.a.O. S. 36
- 3) Jellinek, a.a.O. S. 432; vgl. auch Trubel, S. 34; Scheer-Bartsch, S. 30

pflicht zum Einschreiten sind, sondern daß sie nur herangezogen werden können, um an ihnen die Richtigkeit der Ermessensausübung zu kontrollieren und auf diesem Wege festzustellen, ob eine Rechtspflicht zum sofortigen Einschreiten bestand oder nicht.

Es ist somit zwar nicht so einfach zu beurteilen, ob ein Polizeibeamter pflichtwidrig nicht eingeschritten ist, wie es zum Teil die Rechtsprechung tut ¹⁾, wenn sie feststellt, daß die Polizei auf alle Fälle dann einschreiten müsse, wenn die Allgemeinheit oder eines ihrer Mitglieder gefährdet sei. Denn nach dem Vorhergesagten ist es unrichtig, daß die Polizei lediglich nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu prüfen habe, welche Maßnahmen im Einzelfall zur Abwendung der Gefahr notwendig sind. Sie hat hingegen auch die Möglichkeit des pflichtgemäßen Ermessens, soweit es sich darum handelt, ob eine Notwendigkeit zum Einschreiten besteht. - Jedoch in all den Fällen, in denen sich ein Betrunkener anschickt, ein Fahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr zu führen, liegt eine solchermaßen akute Gefahr für einen unbestimmten Kreis anderer Verkehrsteilnehmer und sonstiger Personen vor, daß ein Nichteinschreiten der Polizei außerhalb der Ermessensgrenze der "Schädlichkeit" liegt und somit einen Ermessensmißbrauch darstellt ²⁾. Im Ergebnis ist daher der genannten Rechtsprechung beizustimmen, die den Rechtssatz aufgestellt hat, daß ein Polizei-

1) KG VRS 10/138; RG JW 39/543 ff. mit Anm. von Mittelbach

2) Jacobi, Vers.Wirtsch. 50/512 meint, ein Verkehrspolizist im Dienst habe die "selbstverständliche" Amtspflicht, einen Betrunkenen von der Lenkung des Kfz abzuhalten

beamter, insbesondere ein Verkehrspolizeibeamter, von amtswegen verpflichtet ist, gegen einen angetrunkenen Fahrer einzuschreiten, wenn eine Gefährdung der Allgemeinheit oder eines ihrer Mitglieder droht ¹⁾.

In Anbetracht des hier gefundenen Ergebnisses erscheint die in lapidarer Kürze aufgestellte Behauptung Schröders ²⁾ unverständlich, daß in dem vom Kammergericht ³⁾ entschiedenen Fall zu Unrecht eine Haftung für den eingetretenen Erfolg (Tötung eines anderen Verkehrsteilnehmers) aus der Stellung als Polizeibeamter abgeleitet werde.

Als Ergebnis ist somit folgendes festzuhalten: Bemerkt ein Polizeibeamter, daß ein betrunkenener Kraftfahrer seinen Wagen besteigen will, um fortzufahren, so trifft ihn die Pflicht zum sofortigen Eingreifen. Er hat eine Garantenpflicht dahingehend, daß er für den Tod oder die Körperverletzung eines anderen Verkehrsteilnehmers, die durch den betrunkenen Kraftfahrzeugführer verursacht werden, strafrechtlich einzustehen hat.

bbl. Kriminalbeamte als Präventivpolizei.

In diesem Zusammenhang sei weiterhin die Frage einer Prüfung unterzogen, ob die gleichen Rechtsgrundsätze, wie sie für die uniformierte Polizei aufgestellt wurden, auch für die Kriminalpolizei gelten. Zu berücksichtigen ist nämlich, daß die Kriminalpolizei nicht voll in den Rahmen des

1) KG VRS 10/138; RG JW 39/543 ff.; vgl. auch OLG Oldenburg NJW 61/1938, wo der genannte Grundsatz im Prinzip bejaht wird, jedoch für den zu entscheidenden Fall ein abweichendes Ergebnis gefunden wird, weil der Beamte nicht im Dienst war.

2) Vorbem. VI 2b

3) KG a.a.O.

allgemeinen Polizeirechts paßt ¹⁾, weil sie außer polizeilichem Vollzugsorgan zugleich Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft ist ²⁾ und insofern vorwiegend bei bereits abgeschlossenen Deliktsfällen tätig wird ³⁾, während die Hauptaufgabe der un-informierten Polizei darin besteht, Straftaten zu verhüten und die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten.

Die Kripo hat zwar die Bekämpfung des Verbrechens zur Aufgabe. Sie ist jedoch sachlich, wenn auch nicht organisatorisch Teil der Sicherheitspolizei und steht gleichwertig neben den übrigen Zweigen der Vollzugspolizei ⁴⁾. Wie jede polizeiliche Tätigkeit ist die vornehmste Aufgabe der Kripo als Präventivpolizei tätig zu werden, d.h. auf die Verhütung künftiger Delikte gerichtet ⁵⁾. Man darf also aus der Tatsache, daß die Kripo in der Praxis fast ausschließlich bei der Aufklärung bereits begangener Delikte tätig wird und ihr Aufgabenbereich auch insoweit vom Gesetz umgrenzt ist, nicht den Schluß ziehen, daß sie nicht verpflichtet sei, präventiv tätig zu sein.

Die üblicherweise angeführte Unterscheidung ⁶⁾ zwischen vorbeugender Polizei (Präventivpolizei) und Polizei der Strafrechtspflege (repressive Polizei) ist somit nicht scharf durchzuführen. So hatten nach § 3 des Reichskriminalpolizeigesetzes vom 21. Juli 1922 (nicht in Kraft getreten) ⁷⁾

1) Hans Peters, S. 387

2) Der Grundsatz, daß die StA Herr des Ermittlungsverfahrens ist, wird durch § 163 StPO durchbrochen (Recht des ersten Zugriffs).

3) vgl. auch § 152 GVG

4) Hans Peters, a.a.O.; Jellinek, S. 425; OLG Oldenburg a.a.O.

5) OLG Oldenburg, a.a.O.

6) Jellinek, a.a.O.

7) zitiert bei Jellinek, a.a.O.

die Landeskriminalbeamten nicht nur die Aufgabe, die Staatsanwaltschaft und das Gericht bei der Aufdeckung und Aufklärung von Straftaten zu unterstützen, sondern auch die, solche Straftaten zu verhindern.

Als Ergebnis ist somit festzustellen, daß die für die uniformierte Polizei ermittelten Grundsätze gleichermaßen für die Kriminalpolizei gelten.

cc 1. Beamte der Ordnungsbehörde.

Im folgenden soll untersucht werden, ob die Beamten der Ordnungsbehörden ebenfalls zu der Personengruppe zählen, für die sich eine Rechtspflicht zur Verhütung strafbarer Handlungen aus dem Gesetz ergibt.

Das OVG Münster ¹⁾ bejaht in seiner Rechtsprechung die Verpflichtung der Ordnungsbehörden zur Verhütung strafbarer Handlungen. Es führt aus, nach § 14 PVG (heute §§ 1,14 OBG vom 16. Oktober 1956 - GVBl NRW S. 289; berichtigt in GVBl 1957 S.6) habe die Ordnungsbehörde im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwenden, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht werde. Falls diese Voraussetzungen gegeben seien, sei die Ordnungsbehörde auch sachlich zuständig, ohne Rücksicht darauf, ob die Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung eine strafbare Handlung enthalte oder nicht. Anders sei die

1) OVG 9/90

sachliche Zuständigkeit für die Polizei gemäß § 12 POG geregelt. Nach dieser Vorschrift müsse "eine mit Strafe oder Geldbuße bedrohte Handlung" in Betracht kommen, wenn die sachliche Zuständigkeit der Kreispolizeibehörde gegeben sein solle. Der Blick der Polizei sei auf die Beachtung der Vorschriften des Strafrechts, also auf den "Täter", nicht wie bei den Ordnungsbehörden auf den "Störer" gerichtet. Die Aufgabenbereiche der Ordnungsbehörden und der Kreispolizeibehörden können sich demnach nach der Meinung des OVG überschneiden, und zwar dann, wenn die Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung (§§ 1, 14 OBG) zugleich eine mit Strafe bedrohte Handlung (§ 12 POG) darstellt¹⁾. Nach dieser Auffassung schließt somit die Zuständigkeit der einen Behörde die der anderen nicht aus, sondern ergänzt sie²⁾.

Dieser Meinung kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Die in § 12 POG geregelte Zuständigkeit der staatlichen Kreispolizeibehörden zur Verhütung strafbarer Handlungen hat die Tätigkeit der Ordnungsbehörden nicht unberührt gelassen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß nicht nur die Verfolgung strafbarer Handlungen, sondern auch die Verhütung grundsätzlich Sache der Polizei ist. - Durch die Vorschriften der §§ 12 und 13 POG ist der sachliche Zuständigkeitsbereich der Kreis- und Landespolizeibehörden positiv geregelt. Die

1) Das LVG Gelsenkirchen - vgl. OVG Münster a.a.O. - hatte in der Vorinstanz gegenteilig entschieden: Zuständig für die Verhütung strafbarer Handlungen seien gemäß § 12 POG die Kreispolizeibehörden, hierzu gehöre die Stadtverwaltung nicht.

2) Rietdorf, S. 40

Aufzählung der Zuständigkeitsbereiche ist in den genannten Vorschriften nach dem Enumerationsprinzip erfolgt. Damit ist gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß diese Aufzählung ausschließlich wirken soll und daß diese Aufgaben nicht zum Zuständigkeitsbereich der Ordnungsbehörden zählen. Von den Ordnungsbehörden sind grundsätzlich andere Aufgaben der Gefahrenabwehr durchzuführen. OBG und POG ergänzen sich wechselseitig in der Weise, daß die Zuständigkeit der Polizei und der Ordnungsbehörden nunmehr gegeneinander abgegrenzt ist ¹⁾.

Das vorstehende Ergebnis läßt sich auch auf Grund der §§ 12 Abs.2, 17 POG; 2 OBG begründen. In den genannten Vorschriften wird zum Ausdruck gebracht, daß lediglich die Polizei berechtigt und verpflichtet sein soll, in eigener Zuständigkeit die notwendigen unaufschiebbaren Maßnahmen zu treffen, die sich im Aufgabenbereich der Gefahrenabwehr ergeben und für die primär die Ordnungsbehörde zuständig ist. Nur insoweit, als die Polizei gewissermaßen als Ersatzordnungsbehörde tätig werden kann, besteht noch eine Doppelgleisigkeit der Zuständigkeiten ²⁾. In der ohnehin seit der Trennung zwischen Ordnungsbehörde und Polizei unübersichtlich gewordenen Zuständigkeitsverteilung läßt sich auch nur dann eine einigermaßen klare Abgrenzung erzielen.

Die Beamten der Ordnungsbehörden sind somit nicht den uniformierten, Polizeibeamten und der Kriminalpolizei gleichzustellen. Aus ihrer

1) Senger-Kurzmann, S. 57

2) vgl. hierzu die Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des § 2 OBG (Runderlaß des Innenministers vom 1.12.1956 - MBL NRW S. 2341).

Eigenschaft als Beamte einer Ordnungsbehörde allein läßt sich keine Rechtspflicht dahingehend ableiten, einen betrunkenen Kraftfahrer von seiner Trunkenheitsfahrt abzuhalten.

dd 1. Polizeibeamte außer Dienst.

In der Praxis ereignet sich häufig der Fall, daß ein Polizei- oder Kriminalbeamter außer Dienst bemerkt, daß ein Betrunkener in seinen Wagen einsteigen will, um fortzufahren. Auch geschieht es oft, daß ein solcher Beamter gemeinsam mit anderen eine Zechtour unternimmt. Folgender vom OLG Oldenburg ¹⁾ entschiedener Fall möge zur Verdeutlichung vorangestellt werden:

A, B und C fuhren im Auto des A zu einem Zeltfest. Sie hatten vorher bereits getrunken und tranken dort weiter. Gegen 23 Uhr wurde es dem A (Halter) übel, und er legte sich draußen in seinen Wagen. Später kamen B und C ebenfalls. B, ein Kriminalmeister, versuchte, den Wagen zu fahren. Da es ihm nicht gelang, fuhr A und tötete dabei eine Person.

Kann B ebenfalls wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden, weil er entgegen einer etwa bestehenden Rechtspflicht zur Erfolgsanwendung die Trunkenheitsfahrt nicht verhinderte ?

In dem geschilderten Fall hatten das Schöffengericht und die Strafkammer wegen fahrlässiger Tötung verurteilt. Das OLG hob den Schuldspruch wegen fahrlässiger Tötung auf. Es führt unter anderem aus, daß eine Hinderungspflicht des Angeklagten nicht aus seiner damaligen Berufs-

1) NJW 61/1938

stellung als Kriminalmeister hergeleitet werden könne. Die Gefahrenabwehr sei zwar Aufgabe der Polizei, - wobei nicht untersucht wird, ob es auch diejenige der Kriminalpolizei ist, - jedoch sei der Angeklagte im Zeitpunkt der Tat nicht im Dienst gewesen. Zudem ergäben die Feststellungen auch nichts über seinen besonderen Aufgabenkreis als Verkehrspolizist und über seinen Dienstbereich ¹⁾. Schließlich habe das Vorhaben des Fahrers auch zunächst nur eine Übertretung der §§ 2, 71 StVZO dargestellt ²⁾. Das Kammergericht ³⁾ hat in einem Fall, in dem ein Polizeibeamter außer Dienst als Soziusfahrer mit einem Betrunkenen auf dessen Motorrad gefahren ist, folgendes zum Ausdruck gebracht: Von maßgebender Bedeutung sei, daß der Angeklagte ein Verkehrspolizist gewesen sei, der von amtswegen verpflichtet war, gegen einen ange-trunkenen Fahrer einzuschreiten. Es führt dann weiterhin aus, daß sich der Angeklagte zwar nicht im Dienst befand, er habe jedoch durch seine genaue Kenntnis der Sachlage und die Einbeziehung seiner Person in die gefahrbringenden Vorgänge die Rechtspflicht gehabt, erfolgsabwendend tätig zu werden. - Diese Auffassung des KG begegnet erheblichen rechtlichen Bedenken, da es die Pflichten eines Beamten außerhalb des Dienstes überspitzt. Man könnte zwar aus folgenden Gründen das Ergebnis des KG für richtig halten: In Rechtsprechung und Literatur ⁴⁾

1) Unter Bezugnahme auf KG VRS 1038

2) heute § 2 StVZO in Verb. mit § 21 StVG

3) a.a.O.

4) Schwarz-Dreher, § 346, 2; LK (1958) § 346 III; Karl Peters, Strafprozeß S. 146; Schmidt, Lehrkommentar Teil I Nr. 331; BGH NJW 54/1009, 53/1312; RGSt 70/251; 252 RG HRR 41/457

hat die mit der hier zu entscheidenden Frage eng zusammenhängende Rechtslage bereits eine eingehende Behandlung gefunden, ob die Strafverfolgungsbeamten (Staatsanwaltschaft, Polizei) auch dann zur Anzeige und Strafverfolgung verpflichtet sind, wenn sie außerdienstlich Kenntnis von einer strafbaren Handlung erlangt haben. Entscheidend wird diese Frage immer dann, wenn die genannten Beamten in solchen Fällen nichts gegen den Täter unternommen haben und zu prüfen ist, ob sie gemäß § 346 StGB wegen Begünstigung im Amte, begangen durch Unterlassung, bestraft werden können. Das RG ¹⁾ hat es in einer Entscheidung dahingestellt sein lassen, ob nicht zumindest dann eine Anzeigepflicht besteht, wenn die Straftat, von der der Beamte außerdienstlich erfahren hat, nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Belange der Öffentlichkeit und der Volksgesamtheit in besonderem Maße berührt. Unter Hinweis auf diese Entscheidung hat das RG auch später ²⁾ nur ausgesprochen, ein Strafverfolgungsbeamter sei nicht stets zur Anzeige verpflichtet, wenn er die Kenntnisse von einem Jagdvergehen rein privat, außerhalb seines Pflichtenkreises erlangt habe. Der 4. Strafsenat des BGH ³⁾ hat beiläufig bemerkt, bei Verfehlungen, die öffentliche Belange in so hohem Maß berührten, wie es bei Abtreibung und Erpressung der Fall sei, dürfe der Leiter einer Polizeistation nicht einmal bei nur privatem Wissen davon absehen, Ermittlungen einzuleiten.

1) RGSt 70/252; Karl Peters, a.a.O.

2) RG HRR 41/457

3) in dem bei LM Nr.1 zu § 346 StGB nicht mit veröffentlichten Teil seines Urteils vom 29.11.51 - 4 StR 293/51 - zitiert in BGH NJW 54/1009

Der 1. Strafsenat ¹⁾ hat die Frage dahingestellt sein lassen, ob eine nur außerdienstliche Kenntnis die Pflicht zur Strafverfolgung begründet. Schmidt ²⁾ will die Pflicht zum Eingreifen nur für diejenigen Fälle ausschließen, für deren Abgrenzung sich aus § 153 StPO die Richtlinien ergeben.

Vorstehende Grundsätze können jedoch nicht in den Fällen angewendet werden, in denen es nicht darum geht, ob eine außerdienstliche Kenntnis zur Strafverfolgung verpflichtet, sondern darum, ob ein Polizeibeamter verpflichtet ist, strafbare Handlungen zu verhindern, wenn er deren Begehung außerhalb seines dienstlichen Pflichtenkreises voraussieht. Selbst wenn den Polizeibeamten in solchen Fällen eine Rechtspflicht zum Handeln treffen sollte, so ist diese nicht mit der Garantenpflicht gleichzusetzen. Nicht jede Handlungspflicht vermag auch zugleich eine Garantenstellung zu begründen. Pflichten, die sich als bloße Nebenwirkungen eines schwerpunktmäßig in einem anderen Aufgabengebiet befindlichen Pflichtenkreises darstellen, reichen in der Regel nicht aus. Die dem Staate geschuldete Treupflicht des Beamten geht grundsätzlich nicht so weit, daß der Beamte, der ein ihm privat bekannt gewordenes Deliktsvorhaben nicht verhindert, wegen Beteiligung an der Tat bestraft werden kann ³⁾.

1) NJW 53/1312

2) a.a.O.; § 153 StPO gilt im übrigen nach richtiger Ansicht auch für die Polizei: vgl. Schwarz StPO § 153,2; OLG Hamm JMBL NRW 49/157

3) Maurach (1954) § 23 III B; vgl. oben III B 1 b - Im Ergebnis anders KG VRS 10/138; vgl. hierzu Schwarz-Dreher, S.19: "Es ist sehr zweifelhaft, ob die Garantenpflicht bei einem Verkehrspolizeibeamten, der als Soziousfahrer auf dem Motorrad des betrunkenen Fahrers Platz nimmt, aus einer tatsächlichen Übernahme der Gewähr für das genannte Rechtsgut (Leben) abgeleitet werden kann."

Es kommt somit nicht darauf an, ob das Vorhaben des Betrunkenen zunächst nur eine Übertretung der §§ 2 StVZO, 21 StVG darstellt, weil noch keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß er eine Gemeingefahr hervorrufen könnte. Obwohl ein erhebliches öffentliches Interesse an der Verhütung von Alkoholstraftaten im Verkehr besteht, die auch als zunächst nur "folgenlose Verkehrsgefährdung" ¹⁾ (§§ 2 StVZO, 21 StVG) jederzeit Ursache eines schweren Unfalls werden können, kann hieraus nicht eine Garantenpflicht des Polizeibeamten außerhalb des Dienstes hergeleitet werden.

Die Entscheidung des OLG Oldenburg ist daher insoweit zu bejahen, als sie ausführt, der angeklagte Kriminalmeister sei während der Zechtour nicht im Dienst gewesen und sei deshalb nicht zum Eingreifen verpflichtet gewesen. Allerdings sind die Ausführungen des OLG, daß die Feststellungen des Tatrichters nichts über den besonderen Aufgabenkreis des Angeklagten als Verkehrspolizist und über seinen Dienstbereich ergeben hätten, nicht bedenkenfrei. Für die Frage, ob eine Rechtspflicht zum Einschreiten für einen Polizeibeamten besteht, kann es nicht darauf ankommen, ob er für die Bearbeitung der in Frage stehenden Straftat auch innerdienstlich zuständig ist ²⁾. Das Gesetz schreibt nämlich den Polizeibeamten in allgemeiner Form vor, strafbare Handlungen zu verhüten oder zu verfolgen, ohne Rücksicht darauf, um welche Art von Delikten es sich handelt. Die Tatsache, daß ein Polizeibeamter innerdienstlich

¹⁾ vgl. Seebohm, in "Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung" S. 14

²⁾ BGH NJW 54/1009

nicht für die Bearbeitung einer bestimmten Straftat zuständig ist, berührt nicht seine im Gesetz niedergelegten allgemeinen Pflichten.

Der vom BGH ¹⁾ vertretenen Ansicht, daßes die Achtung vor der Persönlichkeit eines Polizeibeamten (Artikel 2 Abs.1 GG) unter Umständen erfordere, ihm die Freiheit der sittlichen Entscheidung zu lassen, wenn er außerhalb seines Dienstes in Zweifel gerate, ob er als Beamter handeln oder als Mensch Rücksicht nehmen und nichts veranlassen soll, muß nicht nur für den Strafverfolgungsbeamten Berücksichtigung finden. Zu einer solchen Konfliktsituation kann es auch kommen, wenn ein Polizeibeamter vor der Frage steht, ob er einen Betrunkenen von der Trunkenheitsfahrt abhalten soll oder nicht.

Als Ergebnis ist daher folgendes festzuhalten: Erführt ein Polizeibeamter außer Dienst, gleichgültig ob uniformierter Polizeibeamter oder Kriminalpolizeibeamter davon, daß sich ein Betrunkenener anschickt, in fahruntüchtigem Zustand sein Fahrzeug zu führen, so trifft ihn keine Garantenpflicht dahingehend, daß er für den Tod eines anderen Verkehrsteilnehmers strafrechtlich einzustehen hat.

bb. Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus der Verfügungsgewalt über ein Kraftfahrzeug.

aal. Halter

Eine Rechtspflicht, einen Betrunkenen von der Lenkung eines Kraftfahrzeuges zurückzuhalten,

1) a.a.O.

ergibt sich auch für den Personenkreis, der eine besondere Beziehung zu dem Kraftfahrzeug hat. Im folgenden soll daher zunächst die Haftung des Halters Behandlung finden, der die Verfügungsgewalt über das Kfz besitzt und daher verpflichtet ist, die Gefahren, die Dritten von dem Kfz drohen, abzuwenden. Der Halter eines Kfz hat nämlich mit seinem Fahrzeug eine Gefahrenquelle für die Allgemeinheit geschaffen. Er ist daher kraft seiner Haltereigenschaft Dritten gegenüber verpflichtet, auftretende Gefahren bei Überlassung des Steuers an andere im Rahmen des Verkehrsüblichen zu bekämpfen ¹⁾. Bevor auf die Einzelheiten der für einen Halter sich ergebenden Rechtspflichten eingegangen wird, soll zunächst klargestellt werden, wer als Halter im Sinne der hier behandelten Haftung anzusehen ist:

RG und BGH und die herrschende Meinung sehen als Halter eines Kfz mit Recht denjenigen an, der es für eigene Rechnung in Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt darüber besitzt, die ein solcher Gebrauch voraussetzt ²⁾. Das Eigentum am Fahrzeug ist für den Halterbegriff nicht entscheidend, bildet jedoch einen Anhaltspunkt. Der Nießbraucher ist daher dann Halter, wenn er das Fahrzeug für eigene Rechnung in Gebrauch nimmt und dabei die umfassende Verfügungsgewalt darüber besitzt ³⁾.

1) BGHZ NJW 53/779; BGH VRS 4/608; RG HRR 39/Nr. 797; RG HRR 40/Nr. 44; Bay. ObLG VRS 12/115; OLG Stuttgart Verk.Mitt. 50/Nr. 101 - in der vom OLG Stuttgart a.a.O. zitierten Entscheidung liegt, entgegen der Ansicht des OLG, kein Fall der Halterhaftung vor. Hans. OLG RdK 50/93; Floegel-Hartung, S.69; Frank S.18; Weigelt DAR 53/235

2) RGZ 77/348, 349; 87/137, 138; 127/175 ff.; OLG Hamm NJW 55/1162 Floegel-Hartung, S. 69

3) RGZ 78/179, 182

Andererseits ist die Polizeibehörde nicht als Halter des Wagens anzusehen, wenn ein Polizeibeamter ein Kfz wegen Trunkenheit des Fahrers sicherstellt ¹⁾.

Hier ist zwar eine gewisse Verfügungsgewalt über den Wagen vorhanden, jedoch fehlt es an einem irgendwie gearteten wirtschaftlichen Verhältnis zu dem Fahrzeug. Im Gebrauch hat nämlich jemand ein Fahrzeug für seine Rechnung nur dann, wenn er die Nutzungen daraus zieht und die Kosten bestreitet, also wirtschaftlich in erster Linie interessiert ist. Andererseits kann aber jemand auch dann Halter eines Kfz sein, wenn ein anderer einen wesentlichen Teil der Betriebsausgaben trägt ²⁾.

Halter ist auch, wer aus dem Betriebe des Kfz nur mittelbaren Nutzen zieht; die Verfügungsgewalt, die zur Halter-eigenschaft gehört und aus der die besondere Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr resultiert, kann auch darin zum Ausdruck kommen, daß der Gebrauch eines Fahrzeugs in vollem Umfang einem anderen überlassen wird. Zu denken ist daran, daß jemand ein Fahrzeug durch Vermietung nutzt oder daß ein Unternehmer ein Kfz für Geschäftsreisen zur Verfügung stellt ³⁾. Als Halter ist jedoch nicht der Werkstattbesitzer zu betrachten, der ein Kfz auf Bestellung des Eigentümers zur Ausbesserung in seiner Werkstatt aufbewahrt und nach Beendigung der Arbeit eine Probefahrt unternimmt, um festzustellen, ob die Reparatur ordnungsgemäß erfolgt ist ⁴⁾. Auch für den Inhaber einer Sammelgarage ergibt

1) BGH Vers.R. 56/219

2) Floegel-Hartung, S. 1376, 1377

3) OLG Dresden, VAE 42/134; RGZ HRR 33/Nr.1951

4) RGZ 79/312, 314

sich keine Haltereigenschaft in Bezug auf die dort abgestellten Fahrzeuge ¹⁾.

Verfügungsrecht und Betrieb des Kraftfahrzeugs müssen zusammenkommen, um die Haltereigenschaft zu begründen. Überläßt daher jemand ein Kraftfahrzeug einem Dritten, ohne irgendwelche Unkosten zu tragen, hat er das Fahrzeug nie benutzt und will er es auch in Zukunft nie benutzen, sondern nur verkaufen, dann ist er nicht als Halter anzusehen ²⁾. - Die einmal begründete Haltereigenschaft geht nicht dadurch verloren, daß das Kfz anderen zum Gebrauch überlassen wird, auch wenn der Halter während der Fahrt keine Möglichkeit zur Einwirkung auf Fahrzeug oder Führer hat ³⁾. Ein Verlust der Haltereigenschaft tritt auch dann nicht ein, wenn derjenige, dem das Fahrzeug zur Benutzung überlassen worden ist, Beschränkungen nicht einhält, die ihm der Halter für die Benutzung auferlegt hat, z.B. das Fahrzeug verbotswidrig einem anderen überläßt ⁴⁾.

Im Einzelfall ist die Frage, wer Halter ist, vorwiegend nach tatsächlichen, besonders wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden.

Ist jemand im obengenannten Sinne als Halter eines Fahrzeugs zu betrachten, so treffen ihn folgende Pflichten: Der Halter ist, wenn er Anlaß zu der Annahme hat, sein Fahrer sei in Folge Alkoholgenußes nicht mehr voll fahrtüchtig, verpflichtet sich einzuschalten und die Fahrt zu verhindern ⁵⁾ Der mitfahrende Halter ist

1) OLG Hamburg, Vers.R. 60/330

3) RGZ 93/222, 223

2) RGZ JW 38/2354 Nr. 36

4) Floegel-Hartung, S. 1377

5) Bruggemann, RdK 53/89 ff.; BGHZ NJW 53/779;
Schwarz-Dreher § 222 Erl. 4 A b (bb)

jedoch erst verpflichtet, auf Mängel in der Fahrtüchtigkeit des Fahrers zu reagieren, wenn sie offensichtlich sind ¹⁾. Er kann die Fahrtüchtigkeit dessen, der in seiner Gegenwart das Kfz führt, auf Grund des Führerscheins und der Fahrweise solange als gegeben unterstellen, bis ein etwaiger Defekt für ihn sichtbar in Erscheinung tritt. Man kann von einem Halter, der sich in einem Kfz fahren läßt, nicht verlangen, daß er vorn neben dem Fahrer Platz nimmt und ihn ständig beobachtet.

Inwieweit sich ein Fahrzeughalter, der mit einem Fahrer in einem Wirtshaus einkehrt, um etwaigen Alkoholgenuß des Fahrers zu kümmern hat, ist Tatfrage und richtet sich nach den Gesamtumständen. Mitunter mag es ausreichen, daß er einen zuverlässigen, nüchternen und erprobten Fahrer nur gelegentlich ermahnt. In anderen Fällen wird er beim Einkehren, wenn er sich um das Verhalten des Fahrers nicht weiter kümmern will, nähere Anweisungen geben und sich insbesondere vor dem Weiterfahren vergewissern müssen, ob der Fahrer sie beachtet hat ²⁾. Häufig wird eine Nebentäterschaft des Halters hinsichtlich der Delikte §§ 222, 230 StGB deshalb verneint, weil er das unsachgemäße Verhalten des Fahrers dann nicht voraussehen könne ³⁾, wenn er ihm das Fahrzeug in einem Zeitpunkt überläßt, in dem er - der Fahrer - noch nüchtern ist ⁴⁾.

Es genügt jedoch, wenn der Halter voraussieht

1) BGH a.a.O.

2) BGH VRS 4/608; Weigelt DAR 53/235

3) RG HRR 40/Nr. 44

4) BGH VRS 13/470

oder voraussehen kann, daß sein Verhalten zu einem Unfall führen kann ¹⁾. Diese Voraussetzungen liegen immer dann vor, wenn der Halter eine gemeinsame Zechtour mit dem Fahrer unternimmt. Auch bei einem sonst in nüchternem Zustand zuverlässigen Fahrer kann es unter dem Alkoholeinfluß zu gefährlichem und unbesonnenem Fahren kommen. Der Halter braucht nicht alle Einzelheiten des Ablaufs des später eingetretenen Unfalles vorhergesehen zu haben. Diese ihm zunächst unbekannten Einzelheiten müssen nur innerhalb des Rahmens der gewöhnlichen Erfahrung liegen.

Die Vorhersehbarkeit entfällt nur für solche Ereignisse, die so sehr außerhalb aller Lebenserfahrung liegen, daß sie der Täter auch bei der nach den Umständen des Falles gebotenen und ihm nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten zuzumutenden sorgfältigen Überlegung nicht zu berücksichtigen brauchte. In diesem Sinne ist ein Unfall für den Kraftwagenhalter voraussehbar, der seinen Wagen auf öffentlicher Straße von jemanden steuern läßt, dessen Fahruntüchtigkeit er kannte oder erkennen mußte ²⁾.

Die Halterhaftung bei Alkoholeinfluß des Fahrers hat auch im Zivilrecht Anerkennung gefunden. Wenn der Fahrer in betrunkenem Zustand mit einem anderen Kraftfahrzeug zusammenstößt und auch den anderen Kraftfahrzeugführer ein Verschulden an dem Unfall trifft, so muß sich der Halter das Verschulden seines Fahrers, der ge-

1) RG a.a.O.

2) RG VAE 39/363; RGZ 73/372; BGHSt 3/64; BGH GA 1960/112; BGH VRS 16/193; BGH VRS 16/33

trunken hat, in entsprechender Anwendung des § 831 BGB entgegenhalten lassen. Die Verletzung der Pflicht eines Kfz-Halters, den Fahrer bei seiner Tätigkeit zu überwachen, führt dazu, daß der Halter in einem solchen Falle den ihm entstandenen Schaden zum großen Teil selbst tragen muß ¹⁾).

Es soll in diesem Zusammenhang noch offen bleiben, ob eine Nebentäterschaft des Halters auch hinsichtlich der Trunkenheitsdelikte des Fahrers möglich ist, die ohne Rücksicht auf den Erfolg strafbar sind ²⁾ oder ob ihn eine eigene strafrechtliche Verantwortlichkeit nur dann trifft, wenn der Fahrer in Folge seiner Untauglichkeit einen Dritten körperlich verletzt oder tötet. Die Untersuchung dieser Frage bleibt einem besonderen Kapitel vorbehalten ³⁾.

bb1. Mieter eines Kfz.

Jacobi ⁴⁾ führt aus, die Verpflichtung, die Gefahren, die von einer Sache drohen, tunlichst abzuwenden, treffe nicht nur den Halter eines Kfz, sondern jeden, der in der Lage sei, über die Sache zu verfügen, also auch den Mieter. Diese allgemeine Feststellung berücksichtigt nicht die verschiedenen tatsächlichen Möglichkeiten, unter denen ein Fahrzeug gemietet werden kann.

Es ist zunächst der Fall zu betrachten, daß

1) OLG Dresden VAE 42/28

2) Floegel-Hartung, S. 69

3) vgl. unten III Bes.Teil b bb aal (bb2)

4) Vers.Wirtsch. 50/513

jemand einen Wagen mit Chauffeur mietet, und zwar auf Grund eines Dienstverschaffungsvertrages. In einem solchen Falle ergibt sich die Weisungsgewalt des Mieters über den Fahrer aus folgender Überlegung: Der Mieter schließt mit dem Vermieter nicht nur einen Mietvertrag hinsichtlich des ihm überlassenen Kfz, sondern der Vermieter verspricht dem Mieter (Unternehmer) auch die Arbeitsleistung eines Dritten (des Fahrers). Die Dienste des Fahrers werden auf Grund des Dienstverschaffungsvertrages nicht dem Vermieter, sondern dem Mieter (Unternehmer) geschuldet; diesem steht deshalb eine Leitungsbefugnis zu, aus der heraus eine Rechtspflicht zur Beaufsichtigung des Fahrers abzuleiten ist. Der Fahrer tritt zu dem Mieter (Unternehmer) in ein Abhängigkeitsverhältnis. Entsprechend haftet bei einem solchen Dienstverschaffungsvertrag der Vermieter zivilrechtlich nur für ein Verschulden bei der Auswahl des Fahrers, nicht dagegen für Verschulden des Fahrers bei Verrichtung seiner Arbeit. Da sich die Verpflichtung des Vermieters in der Stellung einer geeigneten Arbeitskraft erschöpft, ist der Fahrer weder sein Erfüllungsgehilfe, noch sein Verrichtungsgehilfe, da die Weisungsgewalt dem Mieter zusteht ¹⁾. Aus der Weisungsgewalt über Fahrer ²⁾ und Fahrzeug ergibt sich daher eine Rechtspflicht des Mieters Dritten gegenüber, Fahrten des angetrunkenen Führers zu verhindern ³⁾. Grundlage dieser Garantenpflicht ist hier nicht der Vertrag zwischen Mieter und Vermieter. Die Wirkungen eines

1) Hueck-Nipperdey, S. 181, 729 ff. mit weiteren Nachweisen

2) vgl. unten III Bes. Teil a cc

3) Floegel-Hartung, S. 69

schuldrechtlichen Vertrages bestehen nämlich nur zwischen den Vertragspartnern. Die Garantienpflicht ergibt sich vielmehr auf Grund der tatsächlichen Einnahme einer Vertrauens- und Aufsichtsstellung, die allerdings ihrerseits auf dem Vertrage beruht ¹⁾. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Entscheidung des RG ²⁾ im Ergebnis richtig, die eine Rechtspflicht, einen betrunkenen Fahrer von der Lenkung eines Kfz abzuhalten, unzulässigerweise damit begründet, jeder "Volksgenosse" habe der Allgemeinheit gegenüber die Pflicht, strafbare Handlungen zu verhindern, soweit das in seinen Kräften stehe ³⁾. In dem vom RG entschiedenen Falle hatte sich nämlich der Angeklagte von einer anderen Firma einen Lieferwagen mit einem Fahrer, dem Mitangeklagten, gemietet. Mit diesem Wagen wurden nach Anweisungen des Angeklagten Möbel von der Tischlerei des Angeklagten zu den Kunden gefahren. Die Rechtspflicht des Angeklagten, den Fahrer nach dem gemeinsamen Alkoholgenuß an der Fahrt zu hindern, ergab sich aus seiner Doppelseigenschaft als Inhaber der Weisungsbefugnis über den Fahrer und der Verfügungsgewalt über das Kfz, ohne daß es der Konstruktion des der Allgemeinheit gegenüber zum Eingreifen verpflichteten "Volksgenossen" bedurfte.

Eine Garantienpflicht trifft nach dem Gesagten auch denjenigen, der ein Kfz als Selbstfahrer mietet und auch einen Dritten in dem gemieteten Wagen fahren läßt. Zwar verliert der Vermieter in einem solchen Falle seine Halterei-

1) vgl. oben III B 1 b

2) RGSt 74/187 ff. = VAE 40/142

3) dagegen auch Schmidt, NJW 52/1122; Brügge-
mann RdK 53/89 ff.

genschaft nicht, weil seine Verfügungsgewalt, die zur Haltereigenschaft gehört, darin zum Ausdruck kommt, daß der Gebrauch des Fahrzeugs einem anderen überlassen wird ¹⁾. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß der selbst-fahrende Mieter mit der Übernahme des Fahrzeugs den unmittelbaren Besitz in Form der tatsächlichen Herrschaftsgewalt an dem Fahrzeug erlangt, während der Vermieter lediglich den mittelbaren Besitz behält. Die Verfügungsgewalt über das Fahrzeug, aus der sich die besondere Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr ableitet, liegt demnach sowohl beim Mieter als auch beim Vermieter.

Anders ist jedoch der Fall zu entscheiden, daß der Wagenvermieter selbst fährt. Zu denken ist insbesondere an den Fall einer Taximiete. Es wäre eine Überspannung der Sorgfaltspflicht, wenn der Fahrgast eines von einem gewerbsmäßigen Unternehmer gesteuerten Mietwagens sich in jedem Einzelfall vergewissern müßte, ob der Unternehmer zu der aufgetragenen Fahrt in der Lage ist ²⁾. Das muß auch dann gelten, wenn die Fahrten bis spät in die Nacht oder in die Morgenstunden hinein ausgedehnt werden ³⁾. Nicht jeder geringfügige Alkoholgenuß eines Fahrers muß einen mitfahrenden Gast zum Eingreifen veranlassen; das hat insbesondere bei einem selbständigen gewerbsmäßigen Mietwagenunternehmer zu gelten.

Zwar ist ein Taxiunternehmer den Weisungen des Fahrgastes auch insoweit unterworfen, als der

1) OLG Dresden VAE 42/134; RGZ HRR 33/Nr. 1951

2) BGH JZ 54/514

3) BGH a.a.O.

Fahrgast das Fahrziel bestimmt. Das ändert aber nichts daran, daß der Taxifahrer nicht auf Grund eines Dienstvertrages, sondern auf Grund eines Werkvertrages tätig wird ¹⁾. Im Gegensatz zu dem eingangs erwähnten Fall, der vom RG entschieden wurde, besteht zwischen dem Auftraggeber einer Taxifahrt und dem Fahrer kein Über- Unterordnungsverhältnis.

Der Auftraggeber einer Taxifahrt haftet jedoch unter Umständen, wenn er den Zustand des Fahrers erkennt, ihn aber trotzdem zum Antritt oder zur Fortsetzung der Fahrt überredet hat. Eine Haftung des Auftraggebers ist in diesem Fall daraus abzuleiten, daß er durch positives Tun (Überredung zur Fahrt in betrunkenem Zustand) eine *conditio sine qua non* für eine später eingetretene Körperverletzung oder Tötung eines anderen Menschen gesetzt hat ²⁾.

Es ist also für die Frage der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ein Unterschied zu machen zwischen demjenigen, der Kraftfahrzeug und Fahrer von einem Dritten auf Grund eines mit einem Mietvertrage verbundenen Dienstvertragsvertrages zur Ausführung mehrtägiger Fahrten mietet, wobei der Fahrer ihm unterstellt ist, und demjenigen, der einen selbstständigen Taxiunternehmer zu einer Einzelfahrt beauftragt ³⁾.

1) vgl. Brüggemann, a.a.O.

2) BGH VRS 5/42

3) vgl. zu dieser Unterscheidung auch Hueck-Nipperdey, S. 729

ccl. Berufsmäßiger Lastwagenbeifahrer.

Auch der Berufskraftfahrer, der abwechselnd mit einem Kollegen einen Lastzug lenkt, hat Verfügungsgewalt über das ihm anvertraute Fahrzeug. Er ist für dessen betriebssichere Bedienung mitverantwortlich und daher verpflichtet, einen betrunkenen Ablösungsfahrer an der Führung des Lastzuges zu hindern ¹⁾. Der berufsmäßige Wechselfahrer handelt fahrlässig in Bezug auf eine später eingetretene Körperverletzung oder Tötung, wenn er wußte oder wenigstens bei genügender Sorgfalt hätte erkennen können, daß der ablösende Fahrer nicht voll fahrtüchtig ist. Es mag in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob der Fahrer auch deshalb seinen betrunkenen Kollegen an der Führung des Fahrzeugs hindern muß, weil ihn mit diesem eine Fahrergemeinschaft während eines unter Umständen mehrere Tage dauernden Transportes verbindet ²⁾. Das Problem der Ableitung einer Rechtspflicht aus einer Fahrt- und Verkehrsgemeinschaft soll später in einem besonderen Kapitel behandelt werden ³⁾.

Es ist andererseits zu berücksichtigen, daß den Beifahrer eines Fernlastzuges, der gleichzeitig ablösender Fahrer ist, keine Beobachtungspflicht während seiner Freizeit trifft. Bei ununterbrochener Fernfahrt soll der eine Fahrer ruhen, um den ermüdeten, am Steuer sitzenden Fahrer abzulösen ⁴⁾. Das kann er

1) BGH NJW 59/1979; LG Berlin-West VRS 3/128

2) so BGH a.a.O.

3) vgl. unten Bes. Teil a ee

4) LG Berlin-West a.a.O.; Brüggemann, a.a.O.; Jacobi, a.a.O. S. 513

aber nur dann, wenn er in seiner Freizeit den Verkehr unbeachtet läßt und neue Kräfte sammelt. Sollte jedoch der Beifahrer in seiner Freizeit die Ungeeignetheit des Fahrers bemerken, so trifft ihn nach den oben genannten Grundsätzen eine Erfolgsabwendungspflicht.

ddl. Der für das Fahrzeug verantwortliche Fahrer.

Eine besondere Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung trifft in der Regel auch den für das Fahrzeug verantwortlichen Fahrer dahingehend, daß er sein Fahrzeug auch nicht für kurze Zeit in der Obhut seiner betrunkenen Fahrgäste läßt, ohne den Zündschlüssel abziehen und mitzunehmen ¹⁾. Ohne Rücksicht darauf nämlich, ob der Fahrer zugleich der Halter, der Eigentümer oder der Mieter eines Kfz ist, ist zu berücksichtigen, daß ihm jedenfalls für die Zeit der Fahrt eine Verfügungsgewalt über das Fahrzeug zukommt ²⁾.

Folgender vom BGH ³⁾ entschiedener Fall mag zur Verdeutlichung vorangestellt werden:

Nach einem Fest eines örtlichen Gewerkschaftsverbandes fuhr der Angeklagte mit mehreren betrunkenen Gästen mit einem Wagen der Gewerkschaft fort. Unterwegs hielt er an, um auszutreten. Inzwischen setzte sich einer der betrunkenen Gäste ans Steuer und fuhr los. Der Ange-

1) BGH VRS 14/197

2) Jacobi, Vers.Wirtsch. 50/512 spricht allgemein von der besonderen Rechtspflicht jedes "Besitzers" eines Kfz, Betrunkene von der Führung des Fahrzeugs abzuhalten.

3) BGH VRS 14/197

klagte sprang in den abfahrenden Wagen und versuchte vergeblich, durch Zureden den betrunkenen Fahrgast an der Fahrt zu hindern. Er griff auch deshalb nicht gleich zu Gewaltmaßnahmen, weil er bei dem Einfluß des betrunkenen Fahrers als zweiter Vorsitzender des Gesamtbetriebsrates bei den Saarbergwerken den Verlust seiner Stellung befürchten mußte, zumal er die Stellung als Gewerkschaftssekretär erst vor kurzem durch den am Steuer sitzenden betrunkenen Fahrgast erhalten hatte. In Folge der Fahruntüchtigkeit des Fahrers kam es zu einem Unfall, bei dem drei Insassen einschließlich des betrunkenen Fahrers zu Tode kamen.

In dem geschilderten Fall hatte das Landgericht den Angeklagten freigesprochen mit der Erwägung, er habe alles zur Vermeidung des Unfalles getan, was ihm nach der Sachlage zuzumuten gewesen sei. Mit Rücksicht auf seine berufliche Laufbahn sei ihm nämlich nicht zuzumuten gewesen, den betrunkenen Fahrgast mit Gewalt an der Führung des Fahrzeugs zu hindern.

Der BGH ¹⁾ hob das Urteil des Landgerichts auf. Er vertrat die Ansicht, das Verschulden des Angeklagten sei nicht erst von dem Zeitpunkt an zu untersuchen, als dieser nach dem vorangegangenen Halten zurückkam und dort den betrunkenen Fahrgast auf dem Fahrersitz vorfand. Es sei nämlich zu beachten, daß der Angeklagte gemäß § 35 StVO verpflichtet war,

1) a.a.O.

jede unbefugte Benutzung des Fahrzeugs von vornherein zu verhindern, wenn er auch nur für kurze Zeit den Wagen verließ. Der BGH macht es dem Fahrer zur Pflicht, das Fahrzeug nicht bei seinen betrunkenen Fahrgästen zurückzulassen, ohne durch Mitnahme des Zündschlüssels eine Fahrt unmöglich zu machen. - Es ist zwar richtig, daß den verantwortlichen Fahrer eines Kfz die Rechtspflicht trifft, jeden schädlichen Erfolg zu verhindern, der durch das unter seiner Verfügungsgewalt stehende Kraftfahrzeug verursacht werden kann. Jedoch überspitzt der BGH die Garantenpflichten eines verantwortlichen Fahrers, wenn er meint, diese Verfügungsgewalt habe den Vorrang gegenüber allen anderen etwa bestehenden persönlichen Abhängigkeitsverhältnissen zwischen dem Fahrer und seinen etwaigen Fahrgästen. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von abzuwendendem Schaden und zu erbringendem Opfer ¹⁾ ist die Zumutbarkeit einzelner erfolgsabwendender Tätigkeiten zu beurteilen. Was einem für das Fahrzeug verantwortlichen Fahrer im einzelnen zur Erfolgsabwendung zugemutet werden kann, läßt sich, wie in allen anderen Fällen der hier untersuchten Garantenpflichten, nicht in einer allgemeinen Formel niederlegen. Letztlich entscheidend ist die konkrete Sachlage unter Berücksichtigung der Fähigkeiten des Täters.

Für den eingangs geschilderten Fall ist zu sagen, daß insbesondere die Zumutbarkeit von Gewaltmaßnahmen gegenüber dem betrunkenen Fahrer mit Rücksicht auf die berufliche Laufbahn

1) Nagler, in LK (1957) S. 33 ff. (S.40)

des Angeklagten verneint werden muß. Der Angeklagte mußte zudem damit rechnen, daß die übrigen Fahrgäste ebenfalls mit Gewalttätigkeiten sein Verhalten beantwortet haben würden, so daß ihm schon in Folge ihrer Überlegenheit die Verhinderung der Fahrt unmöglich gemacht werden würde.

cc. Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung
aus der Weisungsgewalt über den Fahrer.

aal. Das Verhältnis Eltern - Kinder.

In einigen Fällen ergibt sich auch eine Rechtspflicht eines Dritten, einen betrunkenen Fahrer an der Führung eines Kfz zu hindern, aus dem besonderen Verhältnis, in dem der Dritte zum Fahrer des Kraftfahrzeuges steht.

Hier mag zunächst das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern betrachtet werden. Gemäß § 1626 Abs. 1 BGB n.F. ¹⁾ steht das Kind, solange es minderjährig ist, unter der elterlichen Gewalt des Vaters und der Mutter. Gemäß § 832 BGB ist derjenige, der kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die z.B. wegen Minderjährigkeit der Beaufsichtigung bedarf, zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt hat oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.

1) Neufassung durch Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 BGBl I 608; gemäß § 1627 BGB a.F. war der Vater allein Träger der elterlichen Gewalt.

Aus den familienrechtlichen Beziehungen der Eltern zu ihren minderjährigen Kindern ergibt sich die Rechtspflicht, die Kinder an der Begehung strafbarer Handlungen zu hindern. So muß ein Vater einschreiten, wenn er - etwa im Anschluß an eine gemeinsame Festlichkeit - wahrnimmt, daß sein minderjähriger Sohn sich anschickt, in betrunkenem Zustand ein Kfz zu lenken ¹⁾.

Fraglich ist jedoch, ob eine solche Rechtspflicht der Eltern auch dann besteht, wenn die Kinder bereits volljährig sind. In diesem Falle ergibt sich aus dem Gesetz, daß den Eltern keine elterliche Gewalt über die Kinder mehr zusteht und daher auch keine Beaufsichtigungspflicht gemäß §§ 1631, 832 BGB. Eine Rechtspflicht der Eltern kann sich jedoch auch gegenüber volljährigen Kindern ergeben, die noch dem elterlichen Hausstand angehören (vgl. § 1617 BGB). Die in enger häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen trifft die Rechtspflicht, füreinander einzutreten und nötigenfalls auch Gefahren abzuwenden, die entweder ihnen selbst oder auch anderen drohen ²⁾. Selbst wenn man annehmen sollte, die Pflichten aus einer ehelichen Lebensgemeinschaft oder aus einer sonstigen häuslichen Familiengemeinschaft beständen nur gegenüber dem Ehegatten

-
- 1) Jacobi, Vers.Wirtsch. 50/513 und RG-Urteil vom 22.11.1927 - 1 D 816/27 - unveröffentlicht, zitiert nach Jacobi a.a.O.; vgl. auch die Sonderbestimmung des § 143 StGB betreffend Aufsichtspflicht über Minderjährige.
 - 2) vgl. BGHSt 2/150 (153) im Anschluß an die dort zitierte Rechtsprechung des RG; vgl. auch RGSt 69/323; Jacobi, a.a.O.; Schönke-Schröder Vorbem. VI 2; Schwarz-Dreher, D 3 vor § 1; LK (1957) S. 39

bzw. gegenüber den anderen Familienangehörigen und dienen nicht zugleich dem Schutz fremder Rechtsgüter, so kann doch die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Straftaten gegenüber anderen Personen daraus herzuleiten sein, daß der Unterlassende auf Grund einer persönlichen Aufsichts- oder Obhutspflicht oder auf Grund seiner verantwortlichen Stellung in bestimmten Räumlichkeiten oder Lebensbereichen dafür einzustehen hat, daß strafbare Handlungen unterbleiben. So sind der Ehegatte oder der Haushaltsvorstand strafbar, wenn die Taten in ihrem unmittelbaren räumlichen Einflußbereich begangen werden ¹⁾.

Falls der volljährige Sohn, der im Haushalt seiner Eltern lebt, oder der Ehegatte betrunken das Haus verläßt, um mit dem vor dem Haus stehenden Kfz loszufahren, so begeht er bereits mit der Abfahrt das Delikt der schlichten Trunkenheit im Verkehr (§§ 2 StVZO, 21 StVG); die strafbare Handlung ereignet sich daher im räumlichen Herrschaftsbereich des Haushaltsvorstandes bzw. des Ehegatten und löst eine Erfolgsabwendungspflicht aus. Hierbei ist nach dem Gesagten für die Frage der Entstehung der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung unerheblich, wie alt der volljährige Sohn ist oder ob der Wagen sein Eigentum ist. Diese Frage spielt in dem Verhältnis Haushaltsvorstand - Mitglied der Familiengemeinschaft ebenso wenig eine Rolle wie in dem Verhältnis der Ehegatten untereinander.

Eine andere Frage ist die, was z.B. die Eltern tun müssen, um eine Trunkenheitsfahrt durch

1) BGH NJW 53/591; OLG Schleswig NJW 54/285;
OLG Bremen NJW 57/73; Schönke-Schröder Vorbem.
VI 2 1; Geilen, Fam. RZ 61/147

ihre volljährigen Kinder zu verhindern ¹⁾. Ist der im Haushalt seiner Eltern lebende volljährige Sohn wirtschaftlich selbständig und vielleicht sogar Eigentümer des Wagens, so muß es genügen, wenn die Eltern, - auch die Mutter, wenn sie die Eigenschaft eines Haushaltungsvorstandes hat, - ihrem Sohne untersagen, den Wagen in betrunkenem Zustand zu steuern und gegebenenfalls den Zündschlüssel wegnehmen ., soweit es ihnen möglich ist. Es ist jedoch unzumutbar, wenn man ihnen zur Pflicht machen wollte, ständige Aufsicht zu üben. So ist zu Recht ein Vater von der Anklage freigesprochen worden, er habe den Tod eines Kindes ebenfalls fahrlässig herbeigeführt, weil er seinen stark angetrunkenen Sohn mit einem Kfz habe fahren lassen und die Unglücksfahrt nicht verhindert habe ²⁾. Der Vater hatte seinen angetrunkenen Sohn erst dann zusammen mit dessen Freund fahren lassen, nachdem sein Sohn in Übereinstimmung mit dem etwas älteren Freund ausdrücklich erklärt hatte, der Freund, der keinen nenenswerten Alkohol genossen habe, werde den Wagen steuern. - Die Aufsichtspflicht des Vaters in diesem Falle so zu erweitern, daß er verpflichtet gewesen wäre, eine Fahrt überhaupt zu verhindern, weil er den ihm gemachten Angaben nicht trauen dürfe, würde die selbständige Stellung volljähriger Kinder zu wenig berücksichtigen.

Was einem Vater oder gar der Mutter im einzelnen zur Erfolgsabwendung zugemutet werden kann, läßt sich, wie in allen anderen Fällen der hier untersuchten Garantenpflichten, nicht

1) BGH VRS 17/346

2) BGH a.a.O.

in einer allgemeinen Formel niederlegen.
Letztlich entscheidend ist die konkrete Sachlage unter Berücksichtigung der Fähigkeiten des Täters ¹⁾.

Schließlich sei noch die Frage einer Prüfung unterzogen, ob auch für Verlobte eine Garantspflicht im obengenannten Sinne besteht. Der BGH hat gelegentlich ²⁾ die Garantpflicht an das Verlöbnis geknüpft, ausdrücklich aber auch nur insoweit, als die Fürsorgepflicht für die Verlobten untereinander in Frage steht. Zwar ist in dem Verlöbnis eine rechtlich geregelte Beziehung zu sehen, es ist aber dennoch fraglich, ob aus einer so unvollständigen Regelung - im Gegensatz zu dem ausführlichen § 1353 BGB für Ehegatten - eine Garantpflicht der Verlobten hergeleitet werden kann. Selbst der BGH ³⁾ führt die Einschränkung ein, daß sich eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung nur dann ergebe, wenn "bestimmte Umstände" vorliegen, und zwar in dem zur Entscheidung stehenden Falle im wesentlichen deshalb, weil die Verlobten "eine tatsächliche Lebensgemeinschaft aufgenommen hatten". Wenn man diese einzelnen Voraussetzungen genau betrachtet, so verbirgt sich hinter den durch das Verlöbnis begründeten Pflichten die sonst selbständig verwendete Figur einer durch enge Lebensgemeinschaft geschaffenen Pflicht. Das Verlöbnis hat daher für die Begründung der Rechtspflicht richtigerweise keine selbständige Bedeutung.
Wenn das Verlöbnis für sich allein schon keinen

1) Nagler in LK (1957) S. 33 ff. (S.40)

2) BGH LM Nr. 25 zu § 222

3) a.a.O.

Anknüpfungspunkt hergeben kann, um eine Rechtspflicht zu begründen, Gefahren abzuwenden, die den Verlobten selber drohen, so kann es erst recht keine Garantenpflicht schaffen, die den Verlobten auferlegt, einander von der Begehung strafbarer Handlungen gegenüber anderen abzuhalten ¹⁾. Nur wenn die Verlobten in einer engen häuslichen Gemeinschaft leben sollten, ergibt sich für sie nach den obigen Ausführungen eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung.

bbl. Der Vorgesetzte des Fahrers.

Eine aus der Weisungsgewalt über den Fahrer abzuleitende Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung besteht auch für den Vorgesetzten eines Fahrers ²⁾. - Der Begriff des Vorgesetzten wird dann erfüllt, wenn nach den maßgeblichen bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften einem Beamten anderen Beamten gegenüber die Dienstgewalt zusteht sowie die Befugnis, in ihre Tätigkeit befehlend oder ändernd einzugreifen. Der Mangel der Dienststrafgewalt schließt die Vorgesetzteneigenschaft nicht aus ³⁾. Ein Vorgesetzter ist, wenn er begründeten Anlaß zu der Annahme hat, sein Fahrer sei wegen Alkoholgenußes nicht mehr voll leistungsfähig, verpflichtet, sich einzuschalten und die Fahrt zu unterbrechen. Er muß auf Mängel in der Fahrtüchtigkeit des Fahrers je-

1) Geilen, Fam.RZ 61/147; RGSt 56/169

2) Jacobi, Vers.Wirtsch.50/513; RG RdK 42/107; Floegel-Hartung, S. 68

3) Hans Peters, S. 124, 125; RGSt 59/133

doch erst dann reagieren, wenn sie offensichtlich sind. Er kann die Fahrtüchtigkeit dessen, der in seiner Gegenwart das Kfz führt, auf Grund des Führerscheins und der Fahrweise solange als gegeben unterstellen, bis ein Mangel für ihn sichtbar in Erscheinung tritt ¹⁾.

Eine Rechtspflicht ergibt sich auch für einen Beamten, der einem anderen Beamten auf Anordnung eines gemeinsamen Vorgesetzten den Befehl zu einer Autodienstfahrt gibt und diesen vor der Fahrt noch mit Alkohol bewirtet. Ihn trifft also die Verantwortung, wenn der Fahrer in Folge des Alkoholgenusses einen Unfall verursacht. Hierbei wird die Rechtspflicht nicht daraus abgeleitet, daß der die Weisung erteilende Beamte den Fahrer mit Alkohol bewirtet hat ²⁾, sondern allein daraus, daß er für den konkreten Fall Vorgesetzter des Fahrers war ³⁾. Die Haftung des Vorgesetzten wird in der Regel jedoch nur dann praktisch, wenn er zugleich Mitfahrer ist, da nur in diesem Falle für ihn die Möglichkeit besteht, die Fahrtüchtigkeit seines Untergebenen zu kontrollieren.

dd. Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus vorangegangenen Tun.

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts, die inzwischen als gesicherter Bestand der Lehre und Rechtsprechung anzusehen sind, besteht eine Erfolgsabwendungspflicht auch für denjeni-

1) a.A. Brüggemann, RdK 53/89 ff., der eine besondere Leitungspflicht des Vorgesetzten annimmt.

2) zur Haftung des privaten Gastgebers vgl. III Bes.Neil a dd (ccl)

3) RG JW 32/3720

gen, der durch seine Handlungsweise die Gefahr des Eintritts eines schädlichen Erfolges herbeigeführt hat ¹⁾.

aal. Gastwirt.

Ausgangspunkt möge ein vom BGH entschiedener Fall sein ²⁾:

Die Angeklagte betrieb seit Jahren eine Gastwirtschaft. Der Handelsvertreter Sch. hatte am Tattage, obwohl er einen Wagen mitführte, schon in einer anderen Gastwirtschaft zwei Flaschen Bier getrunken, als er um 19 Uhr bei der Angeklagten einkehrte. Er verzehrte noch ein Glas Bier, zehn Schnäpse und eine Flasche Coca Cola. Etwa um 21 Uhr fuhr er nach Hause. Dabei steuerte er den Wagen auf einen Sommerweg, tötete dort eine Fußgängerin und verletzte eine andere erheblich. Seine Blutalkoholkonzentration betrug 3,06 0/00; im Zeitpunkt der Tat war der Angeklagte unzurechnungsfähig.

Der BGH hat das Verhalten der Angeklagten unter dem Gesichtspunkt der Nebentäterschaft hinsichtlich der §§ 222, 230 StGB betrachtet ³⁾. In diesem Zusammenhang hat er die Frage untersucht, ob die Angeklagte eine Rechtspflicht traf, die Trunkenheitsfahrt zu verhindern. Die Rechtspflicht zur Gefahrenabwendung leitet der BGH in Übereinstimmung mit der Vorinstanz aus dem vorangegangenen Tun der Angeklagten, nämlich dem Verabreichen der alkoholischen Getränke, ab. Der hastige Genuß

1) RGSt 74/285; BGHSt 4/20; Welzel, JZ 60/178; OLG Schleswig Schl.H.A. 58/341

2) BGH a.a.O.; Lange, JZ 53/408 ff.

3) vgl. oben III Allg. Teil 2 b (cc)

dieser Alkoholika habe den Rausch verursacht. Da die Angeklagte somit die Gefahr für die Begehung einer Straftat geschaffen habe, sei sie auch verpflichtet gewesen, den aus dieser Lage drohenden Erfolg abzuwenden. Da sie dieses unterlassen habe, habe sie im Rechtssinne für den Tod bzw. die Verletzung der anderen Verkehrsteilnehmer eine weitere Erfolgsursache ¹⁾ gesetzt. Die Angeklagte habe auch im Laufe der Zeit erkannt, daß die alkoholischen Getränke, die Sch. bei ihr genossen hatte, ihn fahruntüchtig gemacht hatten. - Weiterhin wird ausgeführt, daß der Angeklagten angesichts der Größe der Gefahr auch die Herbeiholung der Polizei gegenüber einem Stammgast zuzumuten war ²⁾.

Nach diesen Ausführungen überrascht es jedoch, daß das landgerichtliche Urteil dennoch aufgehoben wird, und zwar mit der folgenden Begründung:

Den Urteilsgründen sei nicht zweifelsfrei zu entnehmen, ob die Angeklagte beim endgültigen Aufbruch des betrunkenen Fahrers auch noch tatsächlich die Möglichkeit gehabt habe, die Polizei so rechtzeitig zu benachrichtigen, daß diese die Fortsetzung der Fahrt durch Sch. wirksam hätte verhindern können. Der BGH hält eine Aufklärung dahingehend für erforderlich, welches Verständnismittel die Gastwirtin besaß (Fernsprecher ?), wie weit die Polizeiwache von der Gastwirtschaft entfernt war und ob im

1) entgegen der Ansicht des BGH handelt es sich bei der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung nicht um eine Frage der Verursachung, vielmehr ist die Rechtspflicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit von Bedeutung (vgl. III B I e

2) zustimmend Lange, a.a.O.

Zeitpunkt des Aufbruchs des betrunkenen Gastes ein Beamter zum sofortigen Eingreifen zur Verfügung stand, so daß er auf Anruf noch vor Abfahrt des Angeklagten eingetroffen wäre.

Nach Aufhebung und Zurückverweisung durch den BGH verurteilte die Vorinstanz die Wirtin erneut wegen fahrlässiger Tötung. Das LG vertrat die Ansicht, die Angeklagte hätte alsbald nach dem Erkennen der Fahruntüchtigkeit des Angeklagten die Polizei anrufen müssen. In diesem Zeitpunkt habe die Angeklagte die Möglichkeit gehabt, die Abfahrt zu verhindern, da ein Polizeibeamter bei rechtzeitiger Benachrichtigung noch vorher eingetroffen wäre.

Der BGH hob auch dieses Erkenntnis auf und sprach die Angeklagte frei ¹⁾. In Ergänzung zu seiner früheren Entscheidung führt der BGH aus, daß das Herbeirufen der Polizei für einen Gastwirt stets das letzte Mittel gegenüber seinen Gästen sei; zu ihm müsse er erst greifen, wenn alle anderen Behelfe versagt hätten und dadurch die Gefahr, die von dem Gast am Steuer ausgehe, so nahe gerückt sei, daß sie anders nicht mehr gebannt werden könne. Im übrigen seien bei der Beantwortung der Frage, welche Maßnahmen dem Täter zugemutet werden könnten, Nähe und Dringlichkeit der Gefahr zu berücksichtigen ²⁾. Mit dem Näherrücken der Gefahr steigen nach der Ansicht des BGH die Pflichten des Wirtes bis zur äußersten Grenze des Zumutbaren ³⁾. In dem geschilderten Falle hing nach der Ansicht des

1) BGH VRS 6/447

2) Sauer, GS 114/279

3) vgl. Dallinger, MDR 54/334

BGH die Nähe und Dringlichkeit der von dem Gast ausgehenden Gefahr davon ab, wie hoch der Grad der Wahrscheinlichkeit war, daß er sich betrunken ans Steuer seines Fahrzeugs setzen würde. Solange dieser Entschluß noch nicht offenbar wurde, waren nach Ansicht des BGH die Wahrscheinlichkeit eines schädlichen Erfolges und damit die Nähe und Dringlichkeit der Gefahr nicht so groß, daß die Wirtin zum letzten Mittel, - dem Anruf der Polizei, - greifen mußte. Da in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für ein polizeiliches Eingreifen, nämlich die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung noch nicht vorgelegen hätten, habe sich der Gast einem herbeigerufenen Polizeibeamten gegenüber immer noch darauf berufen können, daß er zur Benutzung seines Kraftfahrzeuges gar nicht gewillt sei. Der Freispruch der Wirtin beruht somit auf folgendem tragendem Satz der Entscheidung: Die Wirtin brauchte im Rahmen ihrer im übrigen bejahten Erfolgsabwendungspflicht die Polizei erst dann herbeizurufen, als vernünftigerweise Zweifel an der Unbelehrbarkeit des Gastes nicht mehr bestanden und der Antritt der Fahrt durch den betrunkenen Gast unmittelbar bevorstand. Da aber in diesem Zeitpunkt die Polizei nicht mehr so rechtzeitig benachrichtigt werden konnte, daß diese die Fortsetzung der Fahrt wirksam hätte verhindern können, die Angeklagte also gar nicht mehr die Möglichkeit hatte, den schädlichen Erfolg abzuwenden, ist eine Strafbarkeit gemäß § 222 StGB in Form einer unechten Unterlassungsstraftat nicht gegeben.

Diese Rechtsprechung des BGH begegnet mehrfachen dogmatischen Bedenken:

Es ist zunächst die Frage zu prüfen, ob eine fahrlässige Nebentäterschaft des Wirtes als besondere Form der Teilnahme durch positives Tun oder durch pflichtwidriges Unterlassen verwirklicht wird. Die unbefriedigende Rechtsprechung des BGH ¹⁾ leidet meines Erachtens an dem Fehler, daß sie bei der Frage der Gastwirtschaftung von der Unterlassung, nämlich der Nichtabwendung der durch eigenes vorangegangenes Tun beschworenen Gefahr, ausgeht, statt von diesem vorangegangenen Tun selbst.

Unter Bezugnahme auf die für die Abgrenzung von Begehungstat und Unterlassungsstraftat dargelegten Grundsätze ²⁾ ist Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Gastwirtes in erster Linie nicht die Tatsache, daß er nicht die Polizei geholt hat, um den betrunkenen Kraftfahrer an der Weiterfahrt zu hindern. Der Schwerpunkt des vorwerfbaren Geschehens liegt bereits darin, daß der Wirt einem betrunkenen Kraftfahrer entgegen dem gesetzlichen Verbot des § 16 Ziffer 3 des Gaststättengesetzes weiterhin Alkohol einschenkt und ihn dadurch fahruntüchtig macht. Er setzt daher durch positives Tun eine Ursache zu den von dem Fahrer angerichteten Tötungs- und Körperverletzungsfolgen, sofern sich, wie meist, ergibt, daß der Kraftfahrer in nüchternem Zustand diese Folgen nicht herbeigeführt hätte ³⁾.

Nur dann, wenn der Gastwirt den Zustand des Kraftfahrers und seine Absicht, mit einem Kfz zu fahren, erst dann erkannt hat, nachdem die-

1) vgl. Jacobi, Vers.Wirtsch. 50/512, 513; Welzel, JZ 60/178

2) vgl. oben III B 1 a

3) Lange, JZ 53/408; Schmidt, NJW 52/1122 ff.; RG JW 38/1241

ser bereits den Alkohol zu sich genommen hat, ist das Verhalten des Wirtes unter dem Gesichtspunkt der Unterlassung zu betrachten.

Mit der Feststellung jedoch, daß Tod und Körperverletzung in der Regel durch positives Tun des Wirtes verursacht werden, haben alle jene vom BGH aufgeworfenen Probleme hinsichtlich der Zumutbarkeit einzelner erfolgsabwendender Tätigkeiten keine Bedeutung mehr.

Selbst wenn man das Verhalten des Wirtes lediglich unter dem Gesichtspunkt des Unterlassens sieht, wirkt die Ansicht des BGH hinsichtlich der Frage, was dem Hinderungspflichtigen in den einzelnen Abschnitten des Geschehensablaufs an erfolgsabwendenden Handlungen zuzumuten ist, befremdend. Denn aus dieser Begründung ergibt sich zwingend der Schluß: Je weiter ein Wirt durch seine eigenen gefährdenden Handlungen die Betrunkenheit des Kraftfahrzeugführers fördert, je näher und unaufhaltsamer die Gefahr bereits herangerückt ist, umso weniger besteht naturgemäß die Möglichkeit, daß der Wirt noch rechtzeitig die Polizei holen lassen kann. Es erscheint unbefriedigend, daß nach der Rechtsprechung des BGH ein Freispruch des Wirtes umso sicherer ist, "je weiter es der Wirt treibt" ¹⁾.

Die Frage, was der Unterlassende tun muß, um seiner Rechtspflicht zu genügen, liegt wesentlich auf dem Gebiete des Tatsächlichen ²⁾. Ihre Beantwortung hängt daher von der Gestaltung der jeweiligen Situation ab. Es ist zwar richtig, daß sich der Gastwirt mit der Ermahnung des

1) Lange, JZ 53/408

2) Jacobi, a.a.O.

Gastes, dem Versuch, ihn zu ernüchtern oder mit der Weigerung, ihn weiter zu bewirten, begnügen kann, solange nicht erkennbar ist, daß der Betrunkene sich überhaupt ans Steuer setzen will. Ist jedoch bereits ein so hoher Grad von Trunkenheit und Hemmungslosigkeit erkennbar geworden, so wird die Gefahr des schädlichen Erfolges erheblich näher gerückt. Spätestens in diesem Zeitpunkt ist der Wirt zum Eingreifen verpflichtet ¹⁾. Je schwerer nämlich das drohende Übel ist (Tötung oder Verletzung anderer Verkehrsteilnehmer), desto strenger müssen die Anforderungen hinsichtlich der Erfolgsabwendung an den gestellt werden, der die Ursache für den Eintritt des schädlichen Erfolges gesetzt hat ²⁾.

In dem genannten Zeitpunkt ist der Wirt verpflichtet, erfolgsabwendend tätig zu werden, z.B. den Zündschlüssel des Betrunkenen sicher zu stellen. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob der Wirt auch die Pflicht hat, den Gast durch Brachialgewalt oder durch Verständigung der Polizei an der Trunkenheitsfahrt zu hindern ³⁾. - Es kommt somit entgegen der Ansicht des BGH nicht darauf an, ob es beim unmittelbaren Aufbruch des Kraftfahrers schon zu spät ist, Maßnahmen zur Erfolgsabwendung zu treffen. Der Wirt muß vielmehr bereits dann tätig werden, wenn die Betrunkenheit des Kraftfahrzeugführers und dessen Hemmungslosigkeit einen solchen Grad erreicht hat, daß sie für den Wirt erkennbar wird und er annehmen muß, daß der in Folge Alkoholgenusses nicht mehr verantwortlich handelnde Gast

1) OLG Düsseldorf Verk.Mitt. 60/17; KG VRS 11/357

2) Hülle IM Vorbem. Nr. 5 vor § 47 StGB

3) OLG Düsseldorf, a.a.O.

in betrunkenem Zustand sein Kraftfahrzeug lenken will.

Im übrigen ist eine Erfolgsabwendungspflicht des Wirtes wegen der langen Dauer der Alkoholkwirkung nicht nur auf die Zeit unmittelbar vor Antritt der Weiterfahrt zu beschränken, sondern sie muß richtigerweise auch für den Fall bejaht werden, in dem der Kraftfahrer vor der Weiterfahrt eine Pause einlegt ¹⁾.

Eine weitere Frage ist die, welche Folgen sich für die Haftung des Gastwirts aus dem für ihn geltenden Berufsrecht ergeben: Lehre und Rechtsprechung ²⁾ nehmen teilweise an, daß sich für den Gastwirt in jedem Fall rechtliche Pflichten zur Verhütung von Gefahren ergeben, die bei dem Ausschank alkoholischer Getränke entstehen können. Diese Pflichten haben im Gaststättengesetz ihren Niederschlag gefunden, wenn nämlich dem Wirt verboten wird, an "Betrunkene" weiter Alkohol auszuschenken ³⁾. "Betrunkener" im Sinne des Gaststättengesetzes ist bereits jeder, dessen Trunkenheit einen solchen Grad erreicht hat, der sie für andere erkennbar werden läßt. Sinnlose Betrunkenheit in der Form der nahezu völligen Ausschaltung der Fähigkeit zum Denken ist in § 16 Ziff. 3 des Gaststättengesetzes nicht vorausgesetzt ⁴⁾. Es ist jedoch zweifelhaft, ob unter Berufung auf die soziale Sonderstellung des Wirtes eine Garantenpflicht bereits generell daraus abzuleiten ist, daß er Alkohol an Gäste ausschenkt, die ein Kfz mitführen.

1) Schumacher DAR 39/169

2) v. Weber, NJW 53/1072; Floegel-Hartung, S. 70; RG JW 38/1241

3) vgl. § 16 Ziff. 3 des Gaststättengesetzes vom 28.4.1930

4) Michel, S. 222

Eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung für den Wirt kann nur dann entstehen, wenn ein besonders hoher Grad von Fahruntüchtigkeit offensichtlich ist, so daß es geradezu die Fürsorge des Gastwirts für den Gast gebietet, an dessen Stelle zu handeln, weil das Schicksal des Gastes ihm in die Hand gegeben ist ¹⁾. Der angetrunkene Kraftfahrer ist im übrigen selbst dafür verantwortlich, ob er sich ans Steuer eines Wagens setzen will oder nicht. Eine solche Beschränkung der Entstehungsgründe einer Garantenpflicht aus vorangegangenen Tun ergibt sich aus folgender Überlegung: Der Rechtssatz, wonach die Herbeiführung einer Gefahr die Pflicht zur Erfolgsabwendung begründet, meint nicht solche Gefahren, die nur darin bestehen, daß die naheliegende Möglichkeit der Begehung einer strafbaren Handlung geschaffen wird. Nicht jede Mitverursachung einer Gefahr löst eine Garantenpflicht aus, insbesondere dann nicht, wenn sich die Mitverursachung erst über das eigene Handeln eines Dritten auswirkt und dieser Dritte eigenverantwortlich handelt ²⁾. Es kann dahingestellt bleiben, ob es für die Begründung einer Garantenstellung aus vorangegangenem Tun bereits ausreicht, daß jemand auch durch ein rechtmäßiges Verhalten die Gefahr eines Schadens herbeigeführt hat ³⁾. Ein rechtswidriges Verhalten des Wirtes, das sogar durch § 16 Ziff.3 des Gaststättengesetzes

-
- 1) OLG Karlsruhe, JZ 60/178 m.Anm. von Welzel; Welzel, Lehrb. S. 183
 - 2) vgl. im einzelnen oben III 1 c
 - 3) Schönke-Schröder, Vorbem. VI 1, VI 2e; BGHSt 11/355; v.Weber, NJW 53/1072 und NJW 54/922

unter Strafe gestellt ist, liegt jedenfalls dann vor, wenn der Gastwirt an den Kraftfahrer soviel Alkohol ausgeschenkt hat, daß dieser volltrunken geworden ist und die eigene Beherrschung verloren hat. Die hier dargelegte Beschränkung des Entstehens einer Garantenpflicht des Wirtes wird vom BGH ¹⁾ nicht, wie Welzel ²⁾ behauptet, ausdrücklich bestätigt. Die Tatsache, daß in dem vom BGH entschiedenen Fall der Kraftfahrer eine Blutalkoholkonzentration von 3,06 O/00 aufwies, ist vom BGH in keiner Weise für die Frage verwertet worden, von welchem Trunkenheitsgrad an eine Garantenstellung des Wirtes entstehen soll.

Noch weitergehend vertritt Bindokat ³⁾ die Auffassung, daß sich für den Gastwirt aus der Tatsache des Alkoholausschanks an Kraftfahrer in keinem Falle eine Erfolgsabwendungspflicht ergeben könne. Da der Alkoholausschank keinen unerlaubten Eingriff in eine fremde Rechtssphäre bedeute, verpflichte er auch nicht zur Abwendung schädlicher Folgen. Der Alkoholausschank stelle auch keine unmittelbare Gefährdung fremder Rechtsgüter dar, die nach seiner Meinung allenfalls noch einem unerlaubten Eingriff gleichgestellt werden könne. Im übrigen beruft er sich auf die hier vertretene Ansicht, daß nicht Handlungspflichten statuiert werden dürfen, die mit der von der Rechtsordnung vorausgesetzten Selbstverantwortlichkeit des einzelnen unvereinbar seien.

1) BGHSt 4/20

2) Welzel, JZ 60/178

3) NJW 60/2318

Die Ansicht Bindokats, die eine Haftung des Gastwirts überhaupt ausschließen will, muß abgelehnt werden. Der Alkoholausschank des Wirtes ist, wie bereits dargelegt, jedenfalls dann rechtswidrig, wenn er gegen § 16 Ziff.3 des Gaststättengesetzes verstößt, wenn also der Wirt die Volltrunkenheit des Gastes herbeiführt. Der Alkoholausschank stellt somit nicht in jedem Fall ein erlaubtes Handeln des Wirtes dar. Es ist weiterhin nur bedingt richtig, daß der Gastwirt lediglich eine strafrechtlich unbedeutende "allgemeine" Gefahr schafft ¹⁾, wenn er einen Kraftfahrer durch seinen Alkoholausschank fahruntüchtig macht. Durch den übermäßigen Ausschank von Alkohol an Kraftfahrer, wenn nämlich die sinnlose Betrunkenheit des Gastes herbeigeführt wird, ruft der Gastwirt vielmehr eine akute Gefahr für eine Schädigung anderer Verkehrsteilnehmer hervor. In diesem Falle kann auch nicht mehr von einem selbstverantwortlichen Handeln des volltrunkenen Kraftfahrers gesprochen werden, es besteht vielmehr eine Garantspflicht des Wirtes auch gegenüber Dritten, insbesondere den übrigen Verkehrsteilnehmern. Zwar ist auch Lange ²⁾ der Auffassung, daß der Wirt durch den Ausschank von Alkohol keine unmittelbare Gefahr für eine bestimmte Person, sondern eine unabsehbare und unberechenbare Gefahr für die Allgemeinheit herbeiführe. Aus dieser Auffassung leitet er jedoch lediglich die Folge ab, daß damit die für die Fahrlässigkeit nach seiner Ansicht erforderliche konkrete

1) Bindokat, a.a.O.

2) JZ 53/408

Vorhersehbarkeit des Erfolges entfalle. Er geht jedoch keineswegs so weit, daß er damit zugleich die Garantenstellung des Wirtes verneint.

Um die an den Gastwirt zu stellenden Anforderungen nicht zu überspannen, ist weiterhin folgendes zu beachten ¹⁾:

Die durchaus notwendige Einschränkung der Gastwirthaftung ergibt sich aus den Gegebenheiten des Einzelfalles. In diesem Zusammenhang spielt die Frage der Erkennbarkeit der Fahruntüchtigkeit und der Absicht, in fahruntüchtigem Zustande zu fahren, eine wesentliche Rolle. Eine solche Abgrenzung, die Rücksicht auf Kenntnis oder Nichtkenntnis des Wirtes von dem Zustande des Kraftfahrers nimmt, hat ihren dogmatisch richtigen Platz bei der Frage des Verschuldens des Wirtes. Keinesfalls jedoch ist sie bedeutsam für die Frage, ob überhaupt eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung besteht ²⁾, oder gar für die Frage der Verursachung ³⁾. Die Kenntnis des Wirtes im oben genannten Sinne wird von fast allen für bedeutsam erachtet, wobei jedoch völlige Unklarheit darüber herrscht, in welchem Zusammenhang sie Beachtung finden muß ⁴⁾.

- 1) unter dem Gesichtspunkt der Überspannung der Berufspflichten eines Gastwirtes werden die häufigsten Einwendungen gegen die Gastwirthaftung geltend gemacht: vgl. Bindokat a.a.O.; Redelberger, NJW 52/921 ff.
- 2) vgl. Welzel, JZ 60/178; v. Weber, NJW 53/1072
- 3) so BGHSt 4/20; KG VRS 11/357; -wie hier: Lange, JZ 53/408
- 4) vgl. OLG Düsseldorf, Verk.Mitt. 60/17; KG VRS 11/357; -Das RG berücksichtigt in der ersten bekannten Entscheidung zur Gastwirthaftung (RG JW 38/1241) folgerichtig die Kenntnis des Wirtes hinsichtlich des Trunkenheitszustandes des Gastes unter dem Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit bezüglich des später eingetretenen schädlichen Erfolges.

Der vom BGH ¹⁾ entschiedene Fall lag so, daß die Gastwirtin den in ihrer Gastwirtschaft bewirteten Kraftfahrer kannte und selbst mit ihm gezecht hatte. Fahrlässigkeit des Wirtes in Bezug auf eine eingetretene Körperverletzung oder Tötung ist jedoch auch dann anzunehmen, wenn der Gastwirt sich keine Gedanken darüber macht, ob ein Gast nach übermäßigem Alkoholgenuß, der zur Volltrunkenheit geführt hat, noch fahrtüchtig ist. Um jedoch die Haftung des Wirtes nicht zu überspannen, wird man verlangen müssen, daß die Fahruntüchtigkeit des Fahrers unschwer zu erkennen war ²⁾.

Man kann jedoch nicht annehmen, den Gastwirt treffe eine umfassende Kontrollpflicht dahingehend, daß er auch dann strafrechtlich verantwortlich sei, wenn er in Folge leichter Fahrlässigkeit die Fahruntüchtigkeit des Gastes nicht bemerkt habe ³⁾.

Zwar sind die auf Trunkenheit des Kraftfahrers beruhenden Verkehrsunfälle verhältnismäßig zahlreich, und das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit des Straßenverkehrs erfordert auch die Verhinderung von Trunkenheitsfahrten. Jedoch ist der Gastwirt von der Allgemeinheit und den übrigen Verkehrsteilnehmern nicht als Hüter der Verkehrssicherheit eingesetzt und wird auch auf Grund seines eigenen Verhaltens nicht als solcher betrachtet ⁴⁾. Die Sorge für die Allgemeinheit, insbesondere die Abwehr von Gefahren, die der Allgemeinheit oder dem einzelnen

1) BGHSt 4/20

2) LG Heilbronn, NJW 54/922

3) so v. Weber, NJW 54/922

4) vgl. OLG Karlsruhe, JZ 60/178

drohen, ist Aufgabe der Polizei (§ 14 PVG) ¹⁾. Man würde den Gastwirt zu einem Träger eines öffentlichen Amtes machen, wenn man eine weitgehende Kontrollpflicht bejahen würde. Eine wirksame Abwehr der aus einem Gastwirtsbetrieb für die übrigen Verkehrsteilnehmer fließenden Gefahren würde dann gegeben sein, wenn die Polizei häufiger als das bisher durchweg der Fall ist, in der Nähe von Gastwirtschaften Kontrollen vornehmen würde.

In dem Betrieb einer Großwirtschaft mit Massenverkehr kennt der Wirt einen großen Teil seiner Gäste überhaupt nicht und kommt auch mit ihnen persönlich nicht in Berührung. Er kann daher in der Regel nicht wissen, wer soviel Alkohol getrunken hat, daß er nicht mehr verantwortlich zu handeln vermag, und wer beabsichtigt, ein Kfz zu führen. In solchen Fällen wird eine Fahrlässigkeit hinsichtlich einer von dem Kraftfahrer später begangenen Körperverletzung oder Tötung nicht nachzuweisen sein.

Nach dem Gesagten besteht daher nur in Fällen grober Verantwortungslosigkeit der Wirte die Möglichkeit, strafrechtlich gegen sie vorzugehen ²⁾.

Eine weitere Begrenzung der Gastwirts haftung ergibt sich noch aus dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit einzelner erfolgsabwendender Handlungen, sofern man die Haftung des Wirtes überhaupt unter dem Gesichtspunkt der Unterlassung betrachtet. Was einem Gastwirt im einzelnen zur

1) vgl. oben III Bes. Teil 1a

2) ebenso im Ergebnis Redelberger NJW 52/921 ff.

Erfolgsabwendung zugemutet werden kann, läßt sich nicht in einer allgemeinen Formel niederlegen. Welchen Aufwand an Kraft, Zeit, Kosten und persönlichem Einsatz der Garant im Einzelfall zu erbringen hat, richtet sich nach der konkreten Sachlage unter besonderer Berücksichtigung der Fähigkeiten des Täters ¹⁾. Leistend muß dabei immer der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von abzuwendendem Schaden und zu erbringendem Opfer sein. Da der Schaden, der anderen Verkehrsteilnehmern durch volltrunkene Kraftfahrer droht, besonders erheblich ist, sind an die Zumutbarkeit hinsichtlich der Gastwirtschaftung zwar strenge Anforderungen zu stellen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob man einem Wirt die Verständigung der Polizei auch gegenüber einem Stammgast zumuten kann ²⁾. Zumutbarkeitsprobleme können nämlich nicht allein vom Allgemeininteresse her gelöst werden. Bei ihrer Lösung ist vielmehr in erster Linie auf die persönlichen Fähigkeiten des Täters sowie insbesondere darauf abzustellen, ob sich für den Täter eine solche Interessenkollision ergibt, die die Anwendung einer konkreten erfolgsabwendenden Maßnahme unzumutbar erscheinen läßt. Die Stellung eines Mietwagens oder die Bereitstellung eines Fahrers sind jedenfalls geeignet und zumutbar. Zu Recht weist v. Weber ³⁾ darauf hin, daß die Anwendung der genannten Mittel bei näherer Betrachtung nicht zu einer Interessenkollision beim Gastwirt führt. Der Wirt, der auf irgendeine Weise für die Heimschaffung seiner moto-

1) Nagler, in LK (1957) S. 33 ff. (40)

2) so BGHSt 4/20; Hülle, LM Vorbem. Nr. 5 vor § 47 StGB

3) NJW 53/1072

risierten Gäste sorgt, handelt letztlich im eigenen wirtschaftlichen Interesse. Der Alkoholkonsum der Kraftfahrer, der durch die Verfolgung der Trunkenheitsdelikte zwangsläufig verringert wird, steigt in dem Augenblick, in dem die Gäste die Gewißheit haben können, daß für ihren Heimweg gesorgt ist.

Eine weitere Frage, die bei der Gastwirtschaf-
tung von Bedeutung ist, ist folgende:
Ist die für die Fahrlässigkeit erforderliche
Vorhersehbarkeit des Erfolges (Tötung oder
Körperverletzung) für den Wirt gegeben? -
Lange ¹⁾ meint, daß mit der Feststellung, der
Wirt habe durch seinen Alkoholausschank die
seinen Mitbürgern durch den betrunkenen Kraft-
fahrer für Leib und Leben drohenden Gefahren
hervorgerufen, weder für die positive Hand-
lung noch für die Verursachung von Tod und
Körperverletzung durch Unterlassen die tatbe-
standsbezogene Fahrlässigkeitsschuld im Sinne
der §§ 222, 230 StGB begründet sei. Die straf-
rechtliche Verantwortlichkeit des Wirtes könne
nicht auf die bestimmten Erfolge der §§ 222,
230 StGB festgelegt werden. Seine Schuld liege
vielmehr darin, daß er unabsehbare und unbe-
rechenbare Gefahren für die Mitbürger herauf-
beschworen habe. Er will daher eine Bestra-
fung des Wirtes gemäß §§ 49, 330a StGB errei-
chen ²⁾.

Es ist jedoch zu beachten, daß Tötung und Kör-
perverletzung als die typischen Folgen von
Trunkenheitsfahrten sowohl für den Fahrer als

¹⁾ Lange, JZ 53/408

²⁾ vgl. III Allg. Teil 2a (bb)

auch für den Gastwirt voraussehbar sind ¹⁾. Deshalb muß man, wie den Gastwirt, so auch den Fahrer gemäß §§ 222, 230 StGB bestrafen, den Kraftfahrer nach den Grundsätzen der fahrlässigen actio libera in causa auch dann, wenn er volltrunken ist. Fahrlässigkeit hinsichtlich der Tötung bzw. der Körperverletzung setzt nicht voraus, daß sich der Wirt den wirklichen Verlauf des gerade gegebenen Falles, seine Besonderheit und die zum Erfolg mitwirkenden Zwischenursachen hätte vorstellen können. Es genügt, daß er bei der gebotenen und ihm möglichen Aufmerksamkeit allgemein einen Erfolg der eingetretenen Art voraussehen konnte ²⁾. Die Vorhersehbarkeit entfällt nur für solche Ereignisse, die so sehr außerhalb aller Lebenserfahrung liegen, daß sie der Täter auch bei der nach den Umständen des Falles gebotenen und ihm nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten zuzumutenden sorgfältigen Überlegung nicht zu berücksichtigen brauchte. In diesem Sinne hält sich der Kausalverlauf bei einer Tötung oder Körperverletzung durch einen betrunkenen Kraftfahrer auch im Rahmen der einem Gastwirt gewohnten Erfahrung. Der Erfolg in seinem schließlichen Ergebnis (Tötung oder Verletzung anderer Verkehrsteilnehmer) kann von einem Gastwirt vorher-

- 1) Niese, JZ 55/321; RG JW 38/1241; Bindokat, NJW 60/2318
- 2) RG JW 39/543; RG JW 28/2327; Schumacher, DAR 39/169; Exner, S. 576: wenn der Täter den Schaden hat voraussehen können und sollen, so ist er ihm auch dann zuzurechnen, wenn dieser Erfolg durch fremde Fahrlässigkeit eingetreten ist, vorausgesetzt, daß dieses fahrlässige Verhalten innerhalb des Rahmens der gewöhnlichen Erfahrung liegt; vgl. zur Begrenzung der strafrechtlichen Fahrlässigkeit: Karl Peters, Kriminalpädagogik, S. 85, Anm. 220

gesehen werden ¹⁾). Die Ansicht Langes ²⁾ würde auch immer zur Strafflosigkeit des Wirtes führen, und zwar selbst dann, wenn der Kraftfahrer eine Körperverletzung oder Tötung im Zustande der Volltrunkenheit begeht; eine Verwirklichung der §§ 222, 230 StGB würde mangels Fahrlässigkeit ausscheiden, eine Beteiligung am bloßen Sichberauschen innerhalb des § 330a StGB ist nach richtiger Ansicht ausgeschlossen ³⁾.

Der Kenntnis der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ⁴⁾ wird insbesondere bei der Gastwirtschaft hinsichtlich der hier in Rede stehenden Fahrlässigkeitsdelikte (§§ 222, 230 StGB eine ihr in Wahrheit nicht zukommende Bedeutung beigemessen. Die Rechtsprechung ⁵⁾ bemüht sich um die Feststellung, der Gastwirt sei sich seiner Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung klar bewußt gewesen, wie sein Verhalten gezeigt habe. Das Problem der Kenntnis der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung wird in einem besonderen Kapitel behandelt werden, da es für alle Fälle der hier behandelten Erfolgsabwendungspflichten gleichermaßen von Bedeutung ist.

Erwähnt sei schließlich noch, welchen Einfluß die Rechtsprechung des BGH bezüglich der strafrechtlichen Haftung der Gastwirte auf die Recht-

1) RG VAE 39/363; RGZ 73/372; BGHSt 3/64; BGH GA 60/112; BGH VRS 16/193; BGH VRS 16/33; Baumann, (Lehrb.) S. 353

2) JZ 53/408

3) vgl. oben III Allg. Teil 2a (bb)

4) zu unterscheiden von der Kenntnis der die Rechtspflicht auslösenden Fahruntüchtigkeit des Kraftfahrers

5) KG VRS 11/357; BGH a.a.O. - im einzelnen oben III B 1 e

sprechung der Zivilgerichte genommen hat:
Das Landgericht Heilbronn ¹⁾ hat die Entscheidung des BGH ²⁾ zum Anlaß für die Entwicklung der folgenden zivilrechtlichen Haftungsgrundsätze genommen: Der Gastwirt ist neben dem Halter des Kraftfahrzeuges und dem Fahrer für eine in Folge Trunkenheit des Fahrers verursachte Schädigung ersatzpflichtig; das gilt nicht nur für den Fall, daß der Wirt die Fahruntüchtigkeit des Fahrers erkannt und die Fortsetzung der Fahrt trotz vorhandener Möglichkeit nicht verhindert hat, sondern auch dann, wenn er die ihm erkennbare Fahruntüchtigkeit in Folge Fahrlässigkeit nicht erkannt hat und die Unterlassung von Maßnahmen zur Verhütung der Weiterfahrt hierauf beruht. Die Haftung des Wirtes wird dabei nicht aus § 831 BGB abgeleitet, da der Gast nicht Verrichtungsgehilfe des Wirtes ist, sondern unmittelbar aus § 823 BGB, da der Gastwirt eigene Sorgfaltspflichten verletzt hat.

Diese zivilrechtliche Rechtsprechung geht von der vielfach vorgebrachten ³⁾ irrigen Auffassung aus, der BGH habe in seiner vielzitierten Entscheidung (Bd.4/20) den Gastwirt verurteilt, der einem Kraftfahrer zu viel Alkohol ausgeschenkt hatte und den Betrunkenen nicht an der Fahrt gehindert hatte, deren Folge ein tödlicher Verkehrsunfall war. Diese Ansicht erkennt jedoch nicht die erheblichen Einschränkungen bezüglich der Gastwirtschaftung, die der BGH im einzelnen gemacht hat. Insbesondere bleibt dabei völlig außer Betracht, daß der BGH zwar im Grundsatz eine Erfolgsabwendungspflicht

1) LG Heilbronn NJW 54/922

2) BGHSt 4/20

3) Welzel, JZ 60/178

des Gastwirtes bejaht, diese jedoch erst in dem Zeitpunkt entstehen läßt, in dem der betrunkene Kraftfahrer aufbrechen will, um seine Fahrt fortzusetzen. Das hat jedoch zur Folge, daß in diesem Zeitpunkt fast nie mehr die Möglichkeit besteht, rechtzeitig Abhilfe zu schaffen und ein Mittel zur Verhinderung der Trunkenheitsfahrt bereitzustellen. So ist es auch zu verstehen, daß der BGH zweimal das Urteil des LG Bochum, das zur Verurteilung der Wirtin wegen fahrlässiger Tötung gelangte, aufhob und die Angeklagte schließlich unter Verzicht auf eine erneute Zurückverweisung freisprach ¹⁾. Von einer Verurteilung durch den BGH ²⁾ ist daher in Wahrheit nicht die Rede.

Lediglich das OLG Düsseldorf ³⁾ hat in jüngster Zeit den auch in dieser Untersuchung vertretenen Standpunkt dargelegt, daß es nicht darauf ankomme, ob es beim Aufbruch des betrunkenen Kraftfahrers schon zu spät sei, ein zumutbares erfolgsabwendendes Mittel bereitzustellen. Wenn das Gericht ausführt, es sei vielmehr erheblich, ob der Wirt noch während des Aufenthaltes des Gastes in seinen Räumen von irgendeiner der sich zur Erfolgsabwendung bietenden Möglichkeiten Gebrauch gemacht habe, so wird damit der Grundsatz der BGH-Rechtsprechung, die eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung erst beim Aufbruch entstehen läßt, abgelehnt.

Die Rechtsprechung der Zivilgerichte begründet daher entgegen der hier für das Strafrecht ver-

1) BGH VRS 6/447

3) Verk.Mitt. 60/17

2) Welzel, a.a.O.

tretenen Ansicht eine Haftung des Wirtes nicht nur für den Fall der Volltrunkenheit bzw. der Hilflosigkeit des Gastes und verlangt im übrigen eine umfassende Kontrollpflicht des Wirtes. Die Voraussetzungen für eine strafrechtliche Haftung und eine zivilrechtliche Haftung auf Schadensersatz können nämlich verschieden sein; insbesondere begründet nicht ohne weiteres jede privatrechtliche Rechtspflicht auch eine für das Strafrecht bedeutsame Garantenpflicht ¹⁾.

Eine wirksame Eindämmung der aus dem Gaststättenbetrieb für die Verkehrssicherheit drohenden Gefahren ist dringend notwendig. Jedoch dürfen deshalb dem Wirt nicht strafrechtlich bedeutsame Pflichten auferlegt werden, die auf Grund bestehender Gesetze in erster Linie die Polizei treffen.

bbl. Zechgenossen.

Jacobi ²⁾ vertritt die Ansicht, wer mit einem Kraftfahrer zeche, bis dieser betrunken sei, sei aus vorangegangenen Tun verpflichtet, auf den Betrunkenen dahin einzuwirken, daß dieser davon Abstand nehme, anschließend ein Kfz zu führen. Eine solche pauschale Ableitung einer Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus der Beteiligung an dem Alkoholgenuß eines Kraftfahrers ist nicht bedenkenfrei. Es ist zwar richtig, daß der Zechgenosse eines Kraftfahrers auch die Gefahr des Eintritts eines schädlichen

1) vgl. oben III B 1 b

2) Vers.Wirtsch. 50/513

Erfolges herbeigeführt hat. Jedoch nicht jeder Beitrag zum Entstehen einer Gefahrenlage begründet auch die Pflicht zur Verhinderung eines möglichen schädlichen Erfolges, da dieses zu einer uferlosen Ausweitung strafrechtlicher Vorschriften führen würde ¹⁾. Erforderlich ist vielmehr, daß der Tatbeitrag nach allgemeiner Lebensauffassung eine Verantwortlichkeit für die Entstehung einer Gefahrenlage begründet ²⁾. Eine solche Verantwortlichkeit wird jedoch aus der bloßen Zechgemeinschaft als einer losen und oberflächlichen Verbindung nicht begründet ³⁾. Einer Begrenzung in diesem Sinne bedarf der Grundsatz, daß die Abwendung von Gefahren, die man durch eigenes Verhalten hervorgerufen hat, zur Pflicht wird ⁴⁾. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß die unmittelbare Ursache für die Gefahren, die anderen Verkehrsteilnehmern durch den betrunkenen Kraftfahrer drohen, in der Person des sich betrinkenden Kraftfahrers liegt. Da ohnehin nicht jede Mitverursachung einer Gefahr eine Garantenpflicht auslöst, so muß das besonders dann gelten, wenn sich die Mitverursachung erst über das eigene Handeln eines Dritten auswirkt ⁵⁾, das auf einem selbstverantwortlichen Entschluß beruht. Es sei in diesem Zusammenhang auf BGHSt 4/328 (Beihilfe zum Meineid durch Unterlassen) hingewiesen, der

1) Bay.OblG NJW 53/556; Nagler, LK (1957) S.33 ff.

2) Bay.OblG a.a.O.; BGH NJW 54/1047; OLG Schleswig Schl.H.A. 58/341; OLG Düsseldorf, MDR 55/674; KG VRS 11/357; 10/138; Floegel-Hartung, S.70; Heinitz, JR 54/269

3) Schönke-Schröder, Vorbem. VI vor § 1

4) Welzel, JZ 60/178; RGSt 74/285; BGHSt 4/20; OLG Schleswig, Schl.H.A. 58/341

5) OLG Oldenburg, NJW 61/1938; vgl. im einzelnen oben III B 1 c

eine Garantenpflicht nur dann annimmt, wenn der Zeuge in eine unangemessene Lage oder in eine besonders gesteigerte Gefahr, die ihm verbotene Handlung zu begehen, gebracht wird.

Bei Beachtung dieser Grundsätze erscheint es auch sachlich nicht gerechtfertigt, Zechgenossen und Gastwirte hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit unterschiedlich zu behandeln ¹⁾. Wenn man das Verhalten des Gastwirts unter dem Gesichtspunkt der Unterlassungsstraftat behandelt, so ist sein Tatbeitrag für die Entstehung der Gefahrenlage nicht größer als der des schlichten Mitzechers, solange der Gast noch eigenverantwortlich zu handeln vermag.

Soweit eine strafrechtlich bedeutsame Herbeiführung der Gefahr durch einen Mitzecher in Betracht kommen soll, muß festgestellt werden, daß er die Trunkenheit des Kraftfahrzeugführers in besonderer Weise, etwa durch Verschaffung der Getränke, durch betontes Zutrinken, heimliches Gießen von Schnäpsen in Bier usw. gefördert hat ²⁾.

Wenn also ein Zechgenosse den anderen durch aktives Tun in den Zustand der Fahruntüchtigkeit versetzt, liegt ein deutlich fördernder Beitrag zum Handeln des Dritten vor, der als das Herbeiführen einer Gefahr mit der Rechtsfolge einer Abwendungspflicht angesehen werden kann ³⁾.

1) so BGHSt 4/20; v. Weber, NJW 53/1072; Floegel-Hartung, S. 70

2) OLG Oldenburg, a.a.O.; Cramer, GA 61/97 ff. I 3 und die Zitate unter Ziff. 2 S. 154

3) OLG Schleswig a.a.O.

Da der Schwerpunkt des vorwerfbaren Handelns bei einem Zechgenossen nicht bereits in dem aktiven Fördern der Trunkenheit liegt, - anders beim Wirt, für den sich auf Grund seines Berufsrechts ein Verbot ergibt, an Betrunkene Alkohol auszuschenken ¹⁾, - kann seine strafrechtliche Haftung nicht auf Grund positiven Tuns festgestellt werden.

Eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung besteht auch nicht für den schlichten Mitzecher, der sich anschließend von seinem Zechgenossen in dessen Fahrzeug mitnehmen läßt. Eine Schaffung der Gefahrenlage kann nicht darin gesehen werden, daß jemand mit einem anderen zu einem Zechgelage oder von einem Zechgelage fährt, sofern die entscheidende Veranlassung zu einer solchen Fahrt und zum Alkoholgenuß von dem Fahrer selbst ausgeht ²⁾. Das stellt keinen Widerspruch zur herrschenden Bedingungstheorie dar. Bei den vorstehenden Erörterungen handelt es sich nämlich nicht um ein Problem der Verursachung, sondern um die Frage, wann eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus vorangegangenen Tun abzuleiten ist, inwieweit das vorangegangene Tun eine Gefahrenlage herbeigeführt haben muß ³⁾.

Vorstehende Grundsätze haben auch in der Zivilrechtsprechung Beachtung gefunden: So hatte das OLG Düsseldorf ⁴⁾ über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

1) vgl. oben S. 140 Baumann (Lehrb.) S. 195

2) Floegel-Hartung, S. 70; BGH VRS 7/105; OLG Düsseldorf, MDR 55/674; BGH NJW 54/1047

3) vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. VI

4) a.a.O.

Nach einer vorangegangenen Zecherei führen die Beklagten mit einem PKW nach Hause. Der Beklagte zu 1 war Halter, der Beklagte zu 2 Fahrer, die Beklagten zu 3 und 4 waren Mitinsassen. Durch Verschulden des Beklagten zu 2 wurde der Ehemann der Klägerin getötet.

Die Klage gegen die Beklagten zu 3 und 4 wurde abgewiesen. Es wird ausgeführt, es sei nicht erwiesen, daß die Beklagten zu 3 und 4 von sich aus die Beklagten zu 1 und 2 zu der Fahrt veranlaßt hätten. Daher könne nur von ihrer Eigenschaft als schlichte Mitinsassen ausgegangen werden. Aus dieser Eigenschaft und aus der Tatsache, daß die Beklagten zu 3 und 4 Zechgenossen gewesen seien, könne keine Rechtspflicht abgeleitet werden, deren Verletzung zu einer Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung führen könne. -

Es sei jedoch zum Schluß vermerkt, daß die Beurteilung der zivilrechtlichen Rechtslage eine andere ist, sofern es sich darum handelt, die Verantwortlichkeit für den einem Zechgenossen selbst entstandenen Vermögensschaden festzulegen. Auch der schlichte Zechgenosse hat unter der Berücksichtigung des § 254 BGB einen ihm entstandenen Schaden mindestens teilweise selbst zu tragen, wenn er mit seinem erkennbar fahruntüchtigen Partner in dessen Wagen nach Hause fährt ¹⁾.

ccl. Privater Gastgeber.

Im folgenden soll die Frage untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen der private Gast-

1) OLG Dresden VAE 42/148

geber, der durch den Alkohol, den er seinen Gästen vorgesetzt hat, deren Fahruntüchtigkeit verursacht hat, für den Tod eines anderen Verkehrsteilnehmers verantwortlich ist, der durch einen solchen fahruntüchtigen Gast herbeigeführt wird.

Es ist unzweifelhaft, daß der Gastgeber durch sein vorangegangenes eigenes Tun die Gefahr für die Begehung einer Straftat geschaffen hat. Da der strafrechtliche Vorwurf sich bei einem privaten Gastgeber nicht bereits gegen die Bewirtung mit Alkohol richtet, sondern allenfalls dagegen, daß er seine fahruntüchtigen Gäste allein nach Hause fahren läßt, ist sein Handeln unter dem Gesichtspunkt der Unterlassungsstrafat zu würdigen. Eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung besteht jedoch für ihn nur dann, wenn er die Bewirtung nicht rechtzeitig abgebrochen und die Fahruntüchtigkeit des Gastes allein durch ihn herbeigeführt wurde ¹⁾. Wenn er jedoch lediglich durch die auf seine Einladung zunächst getrunkene Menge Alkohol zur späteren Fahruntüchtigkeit beigetragen hat, diese jedoch endgültig erst durch weitere Getränke hervorgerufen wurde, die der Gast später noch an einem anderen Orte unbeeinflußt zu sich genommen hat, so trifft ihn keine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung. Unter den genannten Voraussetzungen würde auch einen Gastwirt keine Verantwortung treffen; denn auch dessen Haftung setzt voraus, daß er einem Kraftfahrer Alkohol in der Menge verabreicht hat, der bereits in seinem Lokal zur Fahruntüchtigkeit führte ²⁾.

1) OLG Oldenburg DAR 57/300; Floegel-Hartung, S. 70

2) vgl. oben III Bes.Teil a dd (aal)

Auch hier hat der Grundsatz zu gelten, daß nicht ausnahmslos jeder Beitrag zur Entstehung einer Gefahr eine Rechtspflicht zum Eingreifen begründet ¹⁾.

Es ist jedoch zu beachten, daß der private Gastgeber in der Regel auch zugleich die Rolle des Zechgenossen seiner Gäste hat. Als solcher ist er unter den obengenannten Voraussetzungen zur Erfolgsabwendung verpflichtet ²⁾, wenn er die Rolle des schlichten Zechgenossen verläßt und den Zustand der Fahruntüchtigkeit z.B. durch ständiges Animieren zum Trinken herbeigeführt hat. Ein solches Verhalten wird in der Praxis sehr häufig sein, da der Gastgeber in der Regel seine Gäste zum Trinken ermuntert, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie, - wie er weiß, - ein Kraftfahrzeug mitführen oder nicht.

Weiterhin kann sich eine Verantwortlichkeit des Gastgebers daraus ergeben, daß er etwa einem erkennbar fahruntüchtigen Gast den Auftrag erteilt, andere Gäste nach Hause zu fahren ³⁾. Dadurch nämlich hat er für die auf Grund der Verabredung in dem Wagen des Betrunkenen mitfahrenden Personen eine akute Gefahr heraufbeschworen, es sei denn, sie wären auch ohne sein Dazutun zur Mitfahrt entschlossen gewesen ⁴⁾.

Im übrigen sind die für die Gastwirtschaftung entwickelten Grundsätze entsprechend auf einen

1) vgl. OLG Oldenburg, a.a.O. und oben III Bes. Teil a dd (bbl) zur Haftung der Zechgenossen; Heinitz, JR 54/270

2) III Bes. Teil a dd (bbl)

3) BGH VRS 5/42

4) OLG Oldenburg, a.a.O.

privaten Gastgeber anzuwenden ¹⁾.

Eine Strafbarkeit des privaten Gastgebers ist nur dann gegeben, wenn er erkannt hat, daß der von ihm bewirtete Gast die eigene Beherrschung verloren hat ²⁾. Eine Überwachungs- und Kontrollpflicht läßt sich für ihn ebensowenig wie für den Gastwirt oder den Zechgenossen fordern.

Auch hinsichtlich der Zumutbarkeit einzelner erfolgsabwendender Tätigkeiten sind für den privaten Gastgeber die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei der Gastwirtschaftung. So erscheint es nicht zumutbar, daß ein privater Gastgeber die Polizei verständigt, wenn er auf andere Weise die Trunkenheitsfahrt eines von ihm bewirteten Freundes oder Verwandten nicht verhindern kann ³⁾.

Eine Verantwortlichkeit des Gastgebers ergibt sich nach dem Gesagten jedoch immer dann, wenn er durch seine Bewirtung allein die Hilflosigkeit eines Kraftfahrers und damit dessen Fahruntüchtigkeit herbeigeführt hat und trotz Kenntnis aller Umstände die anschließende Trunkenheitsfahrt nicht verhindert, obwohl er ohne Schwierigkeiten die Möglichkeit dazu hat..

Auch in diesem Zusammenhang ist der Rechtssatz aufzustellen, daß derjenige, der einen Kraftwagenführer entgeltlich oder unentgeltlich mit Alkohol bewirtet, in der Regel dem Bewirteten

1) Jacobi, Vers.Wirtsch.50/513 III will ebenfalls je nach Lage der Dinge die Haftung von Gastwirt und Privatpersonen gleichsetzen - vgl. andererseits v.Weber, NJW 53/1072

2) RG JW 32/3720

3) vgl. die Rechtsprechung zur Kuppelei durch Unterlassen, begangen durch Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern: BGHSt 6/46; KG West JR 50/407; Schwarz-Dreher, § 181 3 b

die selbständige und alleinige Verantwortung für sein Tun überlassen kann. Eine rechtliche Verantwortung des Bewirtenden tritt erst dann ein, wenn er erkennt, daß der Bewirtete so betrunken ist, daß er nicht mehr eigenverantwortlich tätig werden kann und sein Schicksal in der Hand des Gastgebers liegt ¹⁾.

ddl) Führen eines Kraftfahrzeuges eines Betrunkenen aus Gefälligkeit.

Zur Verdeutlichung der Problematik sei folgender in der Praxis entschiedener Fall vorangestellt ²⁾:

Der frühere Mitangeklagte H trank im Laufe von sieben Stunden in der Gastwirtschaft des Vaters des Angeklagten fünf Flaschen Bier und wurde dabei teilweise von dem Angeklagten bedient. Auf Wunsch des H übernahm es der Angeklagte aus Gefälligkeit, den H mit seinem LKW nach Hause zu fahren, weil H selbst sich in Folge des genossenen Alkohols fahruntüchtig fühlte. Unterwegs äußerte H den Wunsch, nunmehr den Wagen selbst weiterzufahren. Der Angeklagte ließ das widerspruchslos zu. Auf der Weiterfahrt tötete H eine Frau, da er in Folge des Alkoholgenusses das Fahrzeug nicht sicher beherrschte. H wurde durch rechtskräftiges Urteil des Schöffenrichters wegen fahrlässiger Straßenverkehrsgefährdung und fahrlässiger Tötung sowie wegen Verkehrsunfallflucht in einem besonders schweren Falle zu einer Gesamtgefängnisstrafe von achtzehn Monaten verurteilt. Wegen der fahrlässigen Tötung wurde eine Einsatzstrafe von zehn Monaten

1) RG JW 32/3720; vgl. im einzelnen III B 1 c
2) OLG Karlsruhe, JZ 60/178

Gefängnis festgesetzt. - Der Angeklagte wurde durch das gleiche Urteil von der Anklage der fahrlässigen Tötung freigesprochen. Auf die Berufung der StA verurteilte ihn die Große Strafkammer wegen fahrlässiger Tötung zu fünf Monaten Gefängnis. Die Vollstreckung der Strafe wurde zur Bewährung ausgesetzt. Die Revision des Angeklagten führte zum Freispruch.

Welzel ¹⁾ weist zu Recht darauf hin, daß der Jurist mit tiefer Beunruhigung ein solches Strafverfahren abrollen sehen müsse, das in der ersten Instanz mit einem Freispruch, in der zweiten mit einer Verurteilung und in der dritten Instanz wieder mit einem Freispruch endet, ohne daß der zur Aburteilung stehende Sachverhalt jemals zweifelhaft gewesen sei oder das in Frage stehende Strafgesetz sich im Laufe des Verfahrens geändert habe. Derartige ereignet sich jedoch nicht selten im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte, die in dogmatischer Hinsicht immer wieder außerordentliche Schwierigkeiten bieten. Der geschilderte Fall ist nicht etwa unter dem Gesichtspunkt des positiven Tuns zu behandeln; bei einer vom Erfolg aus zurückgehenden Betrachtung richtet sich der Vorwurf nicht gegen die aus Gefälligkeit erfolgte Übernahme zur Führung des Kraftfahrzeuges noch dagegen, daß der Angeklagte den H teilweise selbst bedient hatte. Bei einer Gesamtbetrachtung des Geschehens könnte der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit allenfalls darin liegen, daß der Angeklagte die Weiterfahrt des H ²⁾

1) JZ 60/178

2) vgl. Baumann, Lehrb. S. 195

widerspruchslos zuließ.

Auch in diesem Falle liegt die Schwierigkeit daher in der Begründung der Garantenpflicht. Es soll in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben, ob sich eine Rechtspflicht, den H an der Führung des Wagens zu hindern, bereits daraus ergibt, daß der Angeklagte den H in der Gastwirtschaft seines Vaters zeitweise bedient und dadurch die Fahruntüchtigkeit mit herbeigeführt hat. Eine Stellungnahme zum Urteil des OLG Karlsruhe, das eine Rechtspflicht aus dem Gesichtspunkt der Gastwirtschaft ablehnt, ist bereits oben erfolgt ¹⁾.

Hier soll lediglich untersucht werden, ob sich die aus Gefälligkeit erfolgte Übernahme der Führung des Kraftfahrzeuges unter dem Gesichtspunkt des vorangegangenen Tuns als geeigneter Anknüpfungspunkt für das Entstehen einer Rechtspflicht darstellt.

Es ist zunächst zu bemerken, daß sich eine Pflicht, den H an der Weiterfahrt zu hindern, nicht aus dem Gesetz selber ableiten läßt. Gemäß § 35 StVO hat zwar der Führer eines Kraftwagens beim Verlassen des Fahrzeugs die "unbefugte" Benutzung durch die hierfür bestimmten Vorrichtungen zu verhindern. Wenn jedoch der Eigentümer und Fahrer eines Kraftfahrzeugs die Führung wieder übernimmt, so ist er kein "Unbefugter" im Sinne des Gesetzes ²⁾. Die Tatsache, daß er durch die Übernahme eine strafbare Handlung begeht, ändert nichts daran, daß er zur Führung des Kraft-

1) vgl. oben III Bes. Teil a dd (aal)

2) OLG Karlsruhe, a.a.O.; Welzel, JZ 60/178

fahrzeugs als Halter oder Eigentümer berechtigt ist.

Fraglich ist jedoch, ob der von dem Angeklagten übernommene Auftrag, den H in dessen Wagen nach Hause zu bringen, eine Rechtspflicht begründen kann. Das OLG Karlsruhe ¹⁾ verneint dieses mit der Begründung, H habe den Auftrag dadurch rechtswirksam widerrufen, daß er erklärt habe, selbst weiterfahren zu wollen. Ein solcher Widerruf sei gemäß § 670 Abs.1 BGB jederzeit zulässig ²⁾. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Gemäß § 670 Abs. 2 BGB ist es lediglich dem Auftragnehmer untersagt, den Auftrag zur Unzeit zu widerrufen. Die Auftragsregeln hindern jedoch den Auftraggeber nicht, seinerseits jederzeit den Auftrag zu widerrufen, - Es kann auch nicht eingewendet werden, ein wirksamer Widerruf des Auftrages habe nur dann erfolgen können, wenn der Eigentümer des Wagens inzwischen wieder nüchtern geworden sei. Bindokat ³⁾ meint, derjenige, welcher aus Gefälligkeit ein fremdes Geschäft übernommen habe, dürfe nicht ohne weiteres seine Bemühungen vorzeitig einstellen oder gar rückgängig machen.

Diesem Einwand kann nicht gefolgt werden. Aus einer nur aus Gefälligkeit erfolgten Übernahme eines fremden Geschäftes kann keine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung abgeleitet werden, wenn derjenige, dessen Geschäft übernommen wurde, ausdrücklich darauf besteht, es nunmehr selbst weiter zu besorgen. Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn derjenige, der das Geschäft aus Gefälligkeit übernommen hat, aus eigenem Antrieb

1) a.a.O.

2) zustimmend Welzel, a.a.O.

3) NJW 60/2318

die begonnene Geschäftsführung zu einem Zeitpunkt niederlegen würde, zu dem Dritte bereits Vertrauen zu seiner Geschäftsführung gefaßt hätten. So macht sich nicht strafbar, wer eine unbedeckte Grube auf dem Grundstück seines Nachbarn zugedeckt hat, falls er aus Ärger über die Nachlässigkeit des Grundstückseigentümers die Grube wieder aufdeckt, mit der Folge, daß ein Passant hineinfällt und sich verletzt. Denn auch ohne sein Dazwischentreten wäre der Unfall geschehen. Eine Rechtspflicht zur Abwendung des schädlichen Erfolges würde sich nur dann ergeben, wenn inzwischen jemand Vertrauen zu der Sicherheit des Grundstücks gefaßt hätte. In diesem Falle nämlich hat der hilfsbereite Dritte die unmittelbare Gefahr für den Eintritt eines schädlichen Erfolges geschaffen. Dadurch, daß er die Grube zudeckte, veranlaßte er die Passanten des Grundstücks, ohne besondere Aufmerksamkeit die gefährliche Stelle zu begehen, die sie zumindest dann nur mit Vorsicht passiert hätten, wenn sie die gefährliche Stelle erkannt hätten.

In dem eingangs geschilderten Fall läßt sich von einer Rechtspflicht auf Grund eines Vertrauensverhältnisses nicht sprechen; denn von der Allgemeinheit und insbesondere von den übrigen Verkehrsteilnehmern war der Angeklagte nicht als Hüter der Verkehrssicherheit eingesetzt und wurde auch nicht auf Grund seines eigenen Verhaltens als solcher betrachtet ¹⁾.

Einen ähnlichen Rechtsgedanken läßt auch die Entscheidung des OLG Oldenburg erkennen ²⁾.

1) OLG Karlsruhe, a.a.O.

2) NJW 61/1938

Nach Schluß einer Zechtour hatte ein Zechgenosse versucht, den Wagen seines angetrunkenen Freundes nach Hause zu fahren. Da ihm dieses nicht gelang, führte der Eigentümer den Wagen selbst und tötete dabei eine Person. - Das Gericht betont, daß der vorangegangene Versuch des Zechgenossen, das Fahrzeug zu führen, keine Rechtspflicht für ihn begründen könne, den Halter an der Trunkenheitsfahrt zu hindern.

Bemerkenswert an der Entscheidung der Strafkammer im obengenannten Fall ¹⁾ war im übrigen noch die Herleitung der Garantenpflicht des Angeklagten aus vorangegangenem Tun insofern, als sie darauf gestützt wurde, daß der Angeklagte den LKW an eine Stelle gefahren hatte, wo er nicht stehen bleiben konnte. Der Angeklagte hatte nämlich das Kraftfahrzeug unmittelbar hinter einer Brücke, von wo aus sodann der betrunkene Eigentümer selbst weitergefahren war, angehalten.

Der Angeklagte hatte somit zwar eine Gefahr für den unmittelbar hinter der Brücke sich abwickelnden Verkehr geschaffen. Er war daher verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß an dieser Stelle die übrigen Verkehrsteilnehmer keinen Schaden erlitten. Eine Gefahr für den übrigen Verkehr hatte der Angeklagte nicht geschaffen und konnte daher insofern entgegen der Ansicht der Strafkammer auch nicht für einen Unfall verantwortlich gemacht werden, den der betrunkene Eigentümer auf seiner weiteren Fahrt verursachte. Zu Recht weist Welzel ²⁾ darauf hin, daß die Formel von der Garantenpflicht aus vorangegangenem

1) OLG Karlsruhe, a.a.O.

2) a.a.O.

Tun nicht eine Haftung begründen darf für alles, was sich irgendwie an das vorangegangene Tun anschließt. Wenn man verhindern will, daß im Ergebnis jeder für alles haftet, erscheint es dringend erforderlich, daß die Haftungsgrundlage des vorangegangenen Tuns ihre notwendige Einschränkung erfährt. Beim unechten Unterlassungsdelikt kommt es auf die nach dem Inhalt der Garantenpflicht zu erwartende Handlung an ¹⁾. Daher ist als Ergebnis festzuhalten, daß derjenige nicht verpflichtet ist, den Fahrer an der Weiterfahrt zu hindern, welcher aus Gefälligkeit die Führung eines Autos übernimmt, weil der Fahrer, der sich fahruntüchtig fühlt, ihn zunächst darum gebeten hat.

ee. Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung
aus Fahrt- und Verkehrsgemeinschaft.

Zweifelhaft erscheint, ob unabhängig von den oben dargelegten Voraussetzungen sich bereits eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung für jeden schlichten Mitfahrer beim Betriebe eines Kfz ergibt.

Jacobi ²⁾ ist der Auffassung, daß die Rechtsgrundsätze, die bezüglich der besonderen Pflichten von Mitgliedern einer dauernden oder vorübergehenden Lebensgemeinschaft gelten ³⁾, uneingeschränkt auf die Fahrtgemeinschaft bei der Benutzung eines Kfz anzuwenden sind. Er ist der Auffassung, wer einen betrunkenen Kraftfahrer begleite, obwohl er dessen Fahruntüchtigkeit

1) Schwarz-Dreher, § 222, 2 B (b)

2) Vers.Wirtsch. 50/513

3) LK (1957) S. 39; Schwarz-Dreher, S. 19

kenne, bestärke den Kraftfahrer dadurch in seinem gesetzwidrigen Verhalten, während er aus der Fahrt- und Verkehrsgemeinschaft heraus dem Kraftfahrer, den Mitinsassen und der Allgemeinheit gegenüber die Pflicht habe, den Fahrer von der Begehung der Fahrt abzuhalten. Er leitet somit eine Rechtspflicht zum Einschreiten für jeden Mitinsassen eines Kfz daraus her, daß dieser auf Grund des bloßen Mitfahrens die undisziplinierte Fahrweise des Fahrzeugführers psychisch unterstütze ¹⁾. Jacobi beruft sich für seine Ansicht insbesondere auf die Entscheidung des RG ²⁾, die jedem "Volksgenossen" die Aufgabe auferlegt, strafbare Handlungen zu verhindern, soweit das in seinen Kräften steht. Eine Ablehnung der Gründe dieser Entscheidung ist bereits an anderer Stelle dieser Arbeit erfolgt ³⁾.

Die Ansicht von Jacobi muß als zu weitgehend abgelehnt werden. In der Regel wird die zwischen Fahrer und Mitfahrer bestehende Fahrtgemeinschaft eine so lose und zufällige sein, daß sie nicht geeignet ist, als Grundlage für eine im einzelnen sehr weitgehende Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung zu dienen ⁴⁾. Die Gemeinschaft, die zwischen dem Fahrer eines Kfz und einem Fahrgast besteht, den er aus Gefälligkeit für eine kurze Strecke mitnimmt, ist nicht ver-

1) ebenso Schwarz-Dreher, § 222, 4 A b (bb):
"Der Fahrgast darf einen angetrunkenen Fahrer nicht fahren lassen" unter Hinweis auf RGSt 74/189.

2) RGSt 74/189.

3) S. 75.

4) Bruggemann, RdK 53/89 ff.; Heinitz, JR 54/269; RG DAR 33/Spalte 149; OLG München HRR 41/Nr. 490; Faltelhausen, S. 166; OLG Stuttgart, DAR 52/57.

gleichbar mit derjenigen, die zwischen Familienangehörigen oder in einer langjährigen Haus- oder Wohngemeinschaft besteht.

Eine Fahrgemeinschaft, aus der die hier in Rede stehenden besonderen Pflichten sich ergeben können, mag allenfalls bestehen zwischen dem Fahrer und Beifahrer eines Lastzuges, die einen oft tagelang dauernden Transport von Gütern unter gemeinsamer Verantwortung durchführen ¹⁾. Von einer engen Gemeinschaft kann jedoch keinesfalls bei einem bloßen Mitfahrer in einem PKW im Verhältnis zu dem Führer des Kfz gesprochen werden.

Aber auch zwischen Fahrer und Soziusfahrer eines Kraftrades besteht keine Fahrgemeinschaft, aus der eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung abgeleitet werden kann. Aus der Tatsache, daß der Soziusfahrer sich besonders geschickt, vorsichtig und anpassungsfähig verhalten muß, er nicht nur ruhig zu sitzen hat und das Gleichgewicht zu halten, sondern auch überraschende Bewegungen in der falschen Richtung vermeiden muß, läßt sich zwar die Eigenschaft des Soziusfahrers als Verkehrsteilnehmer (vgl. §§ 2 StVZO, 1 StVO) ableiten ²⁾. Die Eigenschaft des Soziusfahrers bietet jedoch nicht die Grundlage für eine Gemeinschaft, aus der heraus die sozial-ethische Pflicht zur Verhinderung eines schädlichen Erfolges hervorgeht ³⁾. Der schlichte Mitfahrer, soweit er nicht zugleich eine der oben aufgeführten besonderen

1) BGH NJW 59/1979; OLG Oldenburg, NJW 61/1938; LG Berlin-West VRS 3/128

2) vgl. unten III Bes. Teil b aa (aal)

3) vgl. OLG Hamm in VkB1 51/424 und 54/19; OLG Stuttgart VRS 18/471; zweifelnd OLG Oldenburg a.a.O.; a.A. wohl KG VRS 11/357

Eigenschaften besitzt (z.B. Polizeibeamter, Halter des Kfz, Gastwirt, Vorgesetzter des Fahrers usw.), ist somit nicht bereits kraft des Mitfahrens schlechthin zum Eingreifen gegen einen betrunkenen Fahrer verpflichtet. Eine solche Verpflichtung kann nur aus besonderen Umständen abgeleitet werden.

Eine sozialetische Rettungspflicht über die Hilfspflicht gemäß § 330c StGB hinaus, des Inhalts, daß jeder Angehörige einer Rechtsgemeinschaft eine unmittelbare Gefahr für besonders wertvolle fremde Rechtsgüter (z.B. das Leben) nach Kräften im Sinne einer Garantie abwenden muß, besteht auch nach heutigem Recht nicht.

- b. Die Beteiligung bei der schlichten Trunkenheit im Verkehr (§§ 2 StVZO, 21 StVG) und der Straßenverkehrsgefährdung (§§ 315a Abs.1 Ziff.3, 316 Abs.2 StGB).

aa. Der Soziusfahrer auf Zweirädern.

aal. Strafbarkeit des Fahrers nach
§§ 2 StVZO, 21 StVG.

Abgesehen von der Nebentäterschaft hinsichtlich der fahrlässigen Tötung und Körperverletzung muß auch für gewisse Personen je nach Lage des Falles eine Nebentäterschaft hinsichtlich der speziellen Alkoholdelikte, nämlich der fahrlässigen Straßenverkehrsgefährdung (§§ 315a Abs. 1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB) und der schlichten Teilnahme am Verkehr im fahruntüchtigem Zustande (§§ 2 StVZO, 21 StVG) bejaht werden ¹⁾.

1) Anstiftung, Beihilfe, Mittäterschaft sind ausgeschlossen: oben III Allg.Teil 1

Es erscheint zweckmäßig, unter diesem Gesichtspunkt zunächst den Soziusfahrer auf Zweirädern zu betrachten, da seine Behandlung wegen der Besonderheit seiner Teilnahme am Verkehr weniger problematisch ist als die eines Mitfahrers im Kraftwagen und auch in der Rechtsprechung bereits eine verhältnismäßig klare und einheitliche Beurteilung gefunden hat ¹⁾.

Folgender Fall sei zur Verdeutlichung vorangestellt:

A fährt als Soziusfahrer mit B auf dessen Motorrad obwohl beide erheblich dem Alkohol zugesprochen haben. B steuert auf seiner Trunkenheitsfahrt das Motorrad durch Straßen, die völlig verkehrsfrei sind. Es kommt weder zu einer konkreten Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer noch zu einem Unfall.

Die Strafbarkeit des B gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG ist unproblematisch, wenn man seine Fahrunfähigkeit im gegebenen Falle unterstellt. Fraglich erscheint jedoch, ob A ebenfalls nach den genannten Vorschriften bestraft werden kann. Die gestellte Frage entscheidet sich daran, ob der Soziusfahrer auf einem Zweirad "Verkehrsteilnehmer" im Sinne der genannten Vorschrift ist oder nicht. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt ²⁾, daß ein Soziusfahrer Verkehrsteilnehmer im Sinne der §§ 2 StVZO, 1 StVO ist. Es wird dabei betont, daß die Frage unentschieden bleiben soll, ob der

1) BGH VRS 7/68, 8/199; OLG Karlsruhe DAR 59/137; OLG Stuttgart VRS 18/471; OLG Hamm VkB1 54/19 und 51/424

2) vgl. die Zitate unter Ziff. 1 .

Fahrgast, der sich in einem PKW befindet, ebenfalls am Verkehr teilnimmt ¹⁾.

Die Eigenschaft des Soziusfahrers als Verkehrsteilnehmer ergibt sich daraus, daß er unmittelbar an dem Verkehrsvorgang beteiligt ist. Seine körperliche Haltung während der Fahrt, insbesondere in Kurven, beeinflusst wesentlich die Führung des Kraftrades. Ungeschickte Körperbewegungen und Unachtsamkeit können die Steuerung erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen. Auch ein Soziusfahrer darf daher nur dann an einer Fahrt teilnehmen, wenn er sich sicher im Verkehr bewegen kann. Wenn Weigelt ²⁾ unter Berufung auf den BGH ³⁾ es ablehnt, nicht nur den Fahrer, sondern auch den Soziusfahrer als Verkehrsteilnehmer anzusehen, so ist dem nicht zuzustimmen. Er übersieht nämlich, daß die von ihm zitierte Entscheidung nicht auf einen Soziusfahrer bei Zweirädern abstellt, sondern auf den Insassen eines PKW und für diesen feststellt, daß er nur dann Verkehrsteilnehmer sei, wenn er über sein passives Mitfahren hinaus unmittelbar auf den Fahrer einwirkt, indem er ihm z.B. mit einem Stöckchen auf Finger und Schulter klopft ⁴⁾. Die unmittelbare Einwirkung auf den Verkehrsvorgang seitens eines Soziusfahrers liegt aber aus den oben dargelegten Gründen bereits unabhängig davon vor, ob er noch in besonderer Weise auf den Fahrer Einfluß nimmt (z.B. Klopfen auf die Schulter). Bei der passiven Teilnahme an einem Verkehrsvorgang

1) BGH VRS 7/68, 18/416

2) DAR 53/210

3) BGH VRS 4/527

4) BGH a.a.O.

als Insasse eines PKW oder Soziusfahrer eines Motorrades ist das entscheidende Kriterium entgegen der Ansicht Weigelts nicht die Einwirkung auf den Fahrer, insbesondere dessen unmittelbare Behinderung, sondern die Tatsache, daß der Mitfahrer auf irgendeine Weise auf den Verkehrsvorgang einwirkt. Das kann im Einzelfalle dadurch geschehen, daß durch eine unzulässige Einwirkung auf den Fahrer mittelbar auf den Verkehrsvorgang Einfluß genommen wird. Eine Einwirkung auf den Verkehrsvorgang liegt jedoch auch dann vor, wenn sich das Verhalten des Mitfahrers nicht erst über den Fahrer, sondern direkt auf den Verkehrsvorgang auswirkt. Letzteres ist jedoch bei einem Soziusfahrer der Fall, da dieser durch Gewicht und Bewegung seines Körpers unmittelbaren Anteil an der Steuerung und Führung des Kraftfahrzeuges nimmt.

Der von Weigelt ¹⁾ angeführte Fall, daß sich ein betrunkenener Kraftradfahrer von einem Nüchternen nach Hause fahren läßt ist daher folgendermaßen zu beurteilen: Der betrunkene Soziusfahrer ist dann Verkehrsteilnehmer gemäß § 2 StVZO, soweit sein Verhalten dazu führt, daß der nicht betrunkene Fahrer das Kraftrad nicht mehr sicher zu führen vermag. Läßt sich auch die Verkehrsuntüchtigkeit des Soziusfahrers feststellen, so ist er nach der genannten Vorschrift in Verbindung mit § 21 StVG strafbar. Dieses Ergebnis kann durch Weigelt nicht dadurch ad absurdum geführt werden, daß er den Fall konstruiert, daß sich ein betrunkenener Ehemann von seiner fahrtüchtigen Ehefrau im PKW nach Hause fahren läßt: Dieser Fall ist in

1) a.a.O.

der Tat dahingehend zu entscheiden, daß sich der Ehemann in keiner Weise strafbar gemacht hat, da er als passiver Mitfahrer in dem PKW in keiner Weise auf den Verkehr eingewirkt hat und daher nicht als Verkehrsteilnehmer im Sinne des § 2 StVZO betrachtet werden kann ¹⁾.

Ein betrunkenener Soziefahrer jedoch ist immer als Verkehrsteilnehmer zu betrachten, gleichgültig ob der Fahrer nüchtern oder betrunken ist, wenn er den Verkehrsvorgang ungünstig beeinflusst.

Eine Verurteilung des Soziefahrers setzt außer der Feststellung, daß er Verkehrsteilnehmer ist, weiterhin voraus, daß er nicht in der Lage ist, sich sicher im Verkehr zu bewegen. Eine bestimmte Grenze, bei deren Überschreitung der Blutalkoholgehalt ohne weiteres eine Verkehrsuntüchtigkeit gemäß § 2 StVZO beweist, wurde in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bisher nur für den Krafttradfahrer bei 1,3 0/00 ²⁾ und für alle übrigen Kraftfahrer bei 1,5 0/00 angenommen ³⁾. Beide Grenzen können jedoch für den Soziefahrer auch nicht etwa sinngemäß gelten ⁴⁾. Allerdings hat der BGH in einem Fall ⁵⁾, in dem der Blutalkoholgehalt eines Soziefahrers 2 Stunden nach einem Unfall 1,78 0/00 betrug, die Ansicht des LG, daß dieser Soziefahrer fahruntüchtig gewesen sei, unter Hinweis auf die 1,5 0/00 - Grenze gebilligt. Soweit der BGH darin die Auffassung vertreten haben sollte, auch ein Soziefahrer sei ebenso wie ein Kraft-

1) vgl. III Bes. Teil b bb aal (bb2) - das gilt nach dem Gesagten jedoch nur, wenn der Fahrer des PKW nüchtern ist

2) BGH NJW 59/1046

3) BGHSt 5/168, 170 ff., 13/83

4) vgl. OLG Stuttgart VRS 18/471

5) VRS 7/68

fahrer schon bei einem Alkoholgehalt von 1,5 0/00 oder mehr absolut verkehrsuntüchtig, kann dieser Ansicht nicht zugestimmt werden. Für den Soziefahrer passen die genannten Maßstäbe nicht. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß der Soziefahrer weder für die Beobachtung der Fahrbahn, der Verkehrszeichen und der übrigen Verkehrsteilnehmer noch für die richtige Bedienung der Kraftrades verantwortlich ist. Im allgemeinen genügt es vielmehr, wenn er ruhig sitzt und sich festhält. Nur bei besonderen Verkehrssituationen, - etwa beim Durchfahren scharfer Kurven, - kommt es darauf an, daß auch der Soziefahrer keine überraschenden Bewegungen in der falschen Richtung vornimmt und das Motorrad dadurch zum Schwanken bringt. Wenn auch somit das Verhalten des Soziefahrers im Vergleich zu demjenigen des Fahrers nicht völlig unwichtig ist, muß die Grenze der absoluten Verkehrsuntüchtigkeit dennoch ebenso wie bei Radfahrern und Fußgängern höher liegen als beim Kraftfahrer. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das OLG Stuttgart ausführt ¹⁾, daß ein Soziefahrer auf einem Kraftrad bei einem Blutalkoholgehalt von 1,66 0/00 nicht absolut verkehrsuntüchtig ist, sondern daß es auf sonstige Ausfallerscheinungen im Sinne einer relativen Fahruntüchtigkeit ankommt ²⁾. An die Verkehrstüchtigkeit eines Soziefahrers mögen dann gesteigerte Anforderungen zu stellen sein, wenn der Motorradfahrer selbst angetrunken ist und nicht mehr in der Lage ist, seinen Verpflichtungen als Fahrer nachzukommen. In einem solchen Falle muß der Soziefahrer besonders geschickt und anpassungsfähig sein ³⁾.

1) a.a.O.

2) DAR 59/137

3) OLG Hamm VkB1 54/19

Im Ausgangsfall hat A daher ebenfalls den § 2 StVZO erfüllt, falls er nicht mehr in der Lage war, in Folge des Alkoholgenusses die an einen Soziusfahrer zu stellenden Anforderungen zu erfüllen.

bbl) Strafbarkeit des Fahrers nach
§§ 315a Abs.1 Zif.2, 316 Abs.2 StGB.

Im folgenden soll geprüft werden, ob der betrunkene Soziusfahrer auch als Nebentäter einer fahrlässigen Straßenverkehrsgefährdung betrachtet werden kann, wenn der Fahrer des Motorrades eine konkrete Gemeingefahr in Folge seiner Fahruntüchtigkeit herbeiführt, also z. B. einen Unfall verursacht.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob der Soziusfahrer eines Kraftrades aus den gleichen Gründen, aus denen man ihn als Verkehrsteilnehmer ansieht, auch als "Führer" eines Kraftfahrzeuges betrachtet werden kann: Nach Müller ¹⁾ ist "Führer" eines Kraftfahrzeuges derjenige, welcher unter eigener Verantwortung das Fahrzeug lenkt, d.h. diejenigen Verrichtungen ausführt, die erforderlich sind, damit die bestimmungsgemäßen Triebkräfte des Fahrzeugs auf dessen Fortbewegung einwirken und der alle seine Einrichtungen, soweit sie wesentlich sind (Lenkrad, Gashebel, Kupplung, Schaltung, Bremse) bedient. Regelmäßig ist daher Führer eines Kfz derjenige, der das Fahrzeug lenkt ²⁾ und dessen maschinelle Einrichtung bedient, es sei denn, daß die Verfügung über den Mechanismus und die Herrschaftsgewalt

1) S.150

2) KG VRS 12/110, 115

über den das Fahrzeug Bedienenden ausschließlich einem anderen Mitfahrenden zusteht. Das ist z.B. hinsichtlich des Fahrlehrers bei der Ausbildung eines Fahrschülers der Fall ¹⁾. Bei derartigen Übungs- und Prüfungsfahrten gilt heute nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 3 Abs.2 StVG) der Fahrlehrer als Führer des Kfz.

Es stellt keine Übertragung der Führung eines Kfz auf einen anderen dar, wenn der Fahrer die Bedienung des Lenkrades und des Gashebels einem elfjährigen Jungen überläßt, aber zum sofortigen Eingreifen daneben sitzt und außerdem selbst den Gang einlegt ²⁾. Die Führereigenschaft setzt die tatsächliche Herrschaft über das Fahrzeug voraus. Führer ist nicht, wer nur als Werkzeug eines anderen handelt, wer nach Willen und Weisung eines anderen die maschinellen Einrichtungen des Fahrzeugs - auch die Lenkung - bedient und nicht aus eigenem Entschluß handelt. Mag auch in den Fällen einer Überlassung eines Kfz an Jugendliche, die bereits Fahrkenntnisse haben und an sich geeignet sind, den Führerschein zu erwerben, eine Übertragung der Führung vorliegen ³⁾, so gilt das jedenfalls dann nicht, wenn jemand das Lenkrad einem Jungen überläßt, der nach der StVZO wegen seines Alters überhaupt ungeeignet ist, ein Kfz zu führen (Mindestalter der Kraftfahrzeugführer je nach der Führerscheinklasse 16, 18 bzw. 21 Jahre - § 7 Abs.1 StVZO ⁴⁾). Andererseits muß jedoch die Ehefrau als Führer

1) RGZ 90/157, 159

2) OLG Braunschweig VRS 11/451

3) Bay.ObLG HRR 29/Nr. 1194; KG VRS 8/140

4) OLG Braunschweig a.a.O.

eines Kfz betrachtet werden, welcher ihr Ehemann zeitweise die Bedienung seines Wagens zur Erlernung des Fahrens überlassen hat und neben ihr auf dem Beifahrersitz ihre Fahrweise beobachtet ¹⁾. Die ausdrückliche gesetzliche Vorschrift (§ 3 Abs. 2 StVG), die den Fahrer als Führer eines Kfz behandelt, ist hier nicht entsprechend anwendbar. Solange der neben dem Fahrer Sitzende nicht im Zuge seiner Überwachung in den Verkehrsvorgang eingreift, ist derjenige, der den Wagen tatsächlich lenkt, Führer des Wagens. Darauf, ob der Wagen nur langsam gefahren wird und der Beifahrer daher in der Lage ist, im Notfall mit der Handbremse den Wagen zum Stehen zu bringen, kommt es für die Frage, wer Führer des Kfz ist, nicht an.

Rechtsprechung und Rechtslehre gehen davon aus, daß grundsätzlich nur immer eine Person Führer sein kann, da die Bedienung des Kfz nur nach einem einheitlichen Willen erfolgen kann ²⁾. Für denselben Zeitabschnitt kann immer nur einer Führer sein, da die Verantwortung nicht geteilt werden kann. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich mehrere auf einer Fahrt in der Führung des Kfz ablösen, da damit die verantwortliche Führung auf verschiedene Zeitabschnitte verteilt wird.

Bei dieser in der Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannten Einheit der Führerperson wird entscheidend auf das Begriffsmerkmal der eigenen Verantwortung abgestellt. Diese obliegt im Zweifel immer demjenigen, der das Fahrzeug lenkt,

1) OLG Hamburg HRR 31/Nr. 274

2) Bay.ObLG a.a.O.; KG VRS 12/110,115; RGZ 90/157,158; LK (1958) § 315 a V 1

d.h. das Steuerrad führt. Gerade diese Betätigung ist für das Führen eines Kraftfahrzeugs unter eigener Verantwortung wesentlich. Daher kann für denselben Zeitabschnitt eine Mehrheit von Führern nur dann angenommen werden, wenn eine Teilung der Lenkungsstätigkeit stattfindet¹⁾. In neuerer Zeit hat das OLG Schleswig²⁾ die Frage, ob mehrere Personen ein Kfz gemeinsam führen können, erörtert, ohne jedoch abschließend Stellung zu nehmen. Es hat ausgeführt, daß Bedenken gegen die Richtigkeit der im Schrifttum vertretenen Auffassung bestünden, daß immer nur eine Person das Fahrzeug führen könne. In dem von dem Gericht zu entscheidenden Falle hatte der Angeklagte jedoch für wesentliche Teile der Fahrt sämtliche für die Bedienung eines Kraftfahrzeuges maßgebenden Vorrichtungen ausgeführt, so daß die Frage, ob mehrere Personen gleichzeitig Führer eines Kfz sein können, unentschieden bleiben konnte.

In Ergänzung der oben dargelegten Rechtsprechung hat das KG³⁾ entschieden, daß derjenige nicht unter eigener Verantwortung ein Kfz führe, wer, ohne gleichzeitig selbst die Kupplung zu bedienen, lediglich die Gangschaltung betätige. Mit Recht betont das Gericht, daß die Betätigung der Gangschaltung allein, die ohne gleichzeitige Bedienung der Kupplung schwer möglich ist und bei fortwährendem Ausschalten der Kupplung überhaupt keine Wirkung hat, als nicht so wesentlich angesehen werden kann, daß daraus die Führung des Fahrzeugs in eigener Verantwortung abzuleiten ist. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die ein-

1) KG a.a.O.; RGZ a.a.O.

2) DAR 56/132

3) a.a.O.

fache Feststellung ¹⁾, § 315 a Abs.1 Ziff.2 StGB beziehe sich nur auf den Fahrer eines Kfz, also nicht auf Mitfahrer oder andere Verkehrsteilnehmer, in dieser lapidaren Kürze unrichtig ist. Auch ein Mitfahrer kann Führer eines Kfz unter den oben genannten Voraussetzungen (z.B. Fahrlehrer) sein.

Im übrigen kommt es jedoch für die Erfüllung der Eigenschaft eines Kraftfahrzeugführers nicht darauf an, ob jemand in irgend einer Weise an der Leitung des Fahrzeugs mitbeteiligt ist oder in anderer Weise - etwa wie der Soziusfahrer - unmittelbar auf den Verkehrsvorgang einwirkt. Führer eines Kfz ist nur derjenige, der in der oben dargelegten Weise unter eigener Verantwortung das Fahrzeug lenkt und die wesentlichen Vorrichtungen für die Bedienung des Kfz ausführt. Der Soziusfahrer ist daher nicht als Führer eines Kraftrades zu betrachten. Er kann demgemäß nicht gemäß §§ 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB als Nebentäter bestraft werden, wenn er in verkehrsuntüchtigem Zustande auf einem Motorrad mitfährt, dessen Fahrer in Folge seiner eigenen Fahruntüchtigkeit eine konkrete Gemeingefahr herbeigeführt hat. Wenn der Soziusfahrer als "Verkehrsteilnehmer" angesehen wird ²⁾ und man auch von ihm verlangt, daß er sich sicher im Verkehr bewegt, so geschieht das in Anwendung der §§ 1 StVO, 2 StVZO, welche sich anders als § 315a Abs.1 Ziff.2 StGB nicht auf den "Führer" des Fahrzeugs beschränken ³⁾.

1) LK (1958) § 315a V 1

2) III Bes.Teil b aa (aal)

3) KG VRS 10/138; BGH NJW 62/2069

Die fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung muß daher als eigenhändiges Delikt bezeichnet werden. Entgegen der Ansicht des OLG Celle ¹⁾ ist deshalb zwar Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft hinsichtlich dieses Deliktes ausgeschlossen, nicht jedoch auch die Nebentäterschaft, ebensowenig wie Anstiftung und Beihilfe ²⁾. Eine Nebentäterschaft hinsichtlich der fahrlässigen Straßenverkehrsgefährdung setzt jedoch voraus, daß der Nebentäter in eigener Person sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 315a Abs.1 Ziff.2 erfüllt, also auch die Eigenschaft eines Kraftfahrzeugführers aufweist.

Soweit man die Ansicht vertritt, daß § 315a Abs.1 Ziff.2 StGB keinen Vorsatz bezüglich der Gemeingefahr erfordert, wird sich häufig eine vorsätzliche Verwirklichung der Straßenverkehrsgefährdung feststellen lassen ³⁾. In diesem Falle kann ein Dritter, der nicht Führer des Kfz ist, nach den Teilnahmebestimmungen als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden ⁴⁾.

Zu beachten ist weiterhin, daß der in Folge Trunkenheit fahruntüchtige Fahrer eines Motorrades für den Soziusfahrer keine Gemeingefahr herbeiführt, wenn der Soziusfahrer in irgendeiner Weise, insbesondere in Form der Nebentäterschaft an dem Trunkenheitsdelikt des Fahrers beteiligt ist ⁵⁾. Wenn also die Herbeiführung einer Gemeingefahr durch den Fahrer nur darin gefunden werden kann, daß der Mitfahrer in Bezug auf sein Leben oder seine Gesundheit konkret gefährdet worden ist,

1) Nds.Rpflg. 57/137

2) Cramer, GA 61/97 ff. II 3

3) vgl. oben II 2

4) vgl. BGH VRS 8/199

5) OLG Celle MDR 57/158; OLG Braunschweig DAR 57/46

so scheidet eine Bestrafung des Fahrers gemäß §§ 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB dann aus, wenn der Mitfahrer Tatteilnehmer ist, also selbst gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG bestraft werden kann. Auch der Fahrer wird in einem solchen Falle nur nach der genannten Übertretungsvorschrift bestraft. Abzulehnen ist die Entscheidung des OLG Celle ¹⁾, die in diesem Zusammenhang folgendes ausführt:

Einer Verurteilung aus §§ 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB stehe die Tatteilnahme des Mitfahrers entgegen. Diese hält der Senat "mindestens" in Form der Beihilfe für gegeben, weil nämlich der Mitfahrer sein Kraftrad für die Fahrt zur Verfügung gestellt habe und selbst mitgefahren sei. - Abgesehen davon, daß eine Beihilfe zu fahrlässigen Delikten nicht möglich ist, ist die genannte Entscheidung aber auch aus anderen Gründen widerspruchsvoll. Das Gericht geht davon aus, daß der Fahrer nicht gemäß §§ 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB bestraft werden könne, nimmt aber andererseits an, daß der Mitfahrer Beihilfe zu dem genannten Delikt geleistet habe, obwohl es nicht einmal in seinem Tatbestand (Fehlen der Gemeingefahr) erfüllt worden ist ²⁾.

bb. Der Mitfahrer im Kraftwagen.

aal) Strafbarkeit des Fahrers nach §§ 2 StVZO, 21 StVG.

Die Frage, ob ein Insasse eines PKW als Verkehrsteilnehmer im Sinne der §§ 1 StVO, 2 StVZO angesehen werden kann, läßt sich nicht allgemein be-

1) a.a.O.

2) richtig: OLG Celle VRS 15/417

antworten. Weitgehende Klarheit besteht darüber, wie derjenige Insasse zu behandeln ist, der unmittelbar in den Verkehrsvorgang eingreift.

aa2) Der in den Verkehrsvorgang eingreifende Mitfahrer.

Lediglich vereinzelt wird die Ansicht vertreten, jeder Insasse eines Fahrzeugs sei Verkehrsteilnehmer, ohne Rücksicht darauf, ob er sich passiv verhält oder auf irgendeine Weise aktiv die Führung des Fahrzeugs beeinflusst. Guelde¹⁾ ist der Auffassung, daß die Strafbarkeit des normalen Insassen gemäß §§2 StVZO, 1 StVO in Verbindung mit § 21 StVG in der Regel nur an der inneren Tatseite scheitere. Demgegenüber wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß nur derjenige Insasse eines Fahrzeugs als Verkehrsteilnehmer zu betrachten sei, der auf einen Verkehrsvorgang unmittelbar einwirke²⁾. Das kann z.B. dadurch geschehen, daß er dem Führer obliegende Tätigkeiten ausübt oder diesen behindert. Die Einwirkung auf den Fahrer muß jedoch geschehen, um den Verkehrsvorgang in irgendeiner Weise zu beeinflussen³⁾. Dieser für den Begriff des Verkehrsteilnehmers wesentliche Zweck des Handelns ist in einem vom BGH⁴⁾ entschiedenen Fall nicht genügend untersucht worden. Es ist daher zweifelhaft, ob der BGH in der genannten Entscheidung mit Recht einen Fahrzeuginsassen als Verkehrsteilnehmer betrachtet hat, der dem Fahrer während der Fahrt

1) DAR 52/158

2) OLG Köln NJW 53/676; BGH VRS 4/527, 6/33, 8/477; RG VAE 44/30; OLG Hamm VRS 7/213; OLG Düsseldorf JMB1 NRW 56/212, 213

3) Müller, S. 731

4) VRS 4/527

mit einem Stöckchen auf Finger und Schultern geklopft hatte.

Wer also in der geschilderten Weise unmittelbar körperlich auf den Fahrer einwirkt, ist gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG strafbar, wenn er dieses in verkehrsuntüchtigem Zustand tut.

bb2) Der passiv mitfahrende Halter.

Nach der bisher überwiegenden Rechtsprechung ist daher als Verkehrsteilnehmer nicht schlechthin jeder in einem Kraftfahrzeug Mitfahrende zu betrachten, ohne Rücksicht darauf, ob er selbst irgendwie das Verkehrsgeschehen beeinflusst, sondern nur derjenige, der sich in der Weise verkehrserheblich verhält, daß er körperlich und unmittelbar auf den Anlauf eines Verkehrsvorganges einwirkt.

Folgender Fall gibt Veranlassung zu der Prüfung, ob dieser enge Begriff gerechtfertigt ist:

A und seine Ehefrau B fahren unter Benutzung des dem A gehörenden Personenkraftwagens zu einer Feier ¹⁾. Beide sprechen dort erheblich dem Alkohol zu. Als gegen ein Uhr nachts die Heimfahrt angetreten werden soll, bittet A wegen seiner starken Angetrunkenheit seine Ehefrau, den PKW nach Hause zu steuern. A nimmt im Wagenfond Platz und schläft dort ein. Im Zeitpunkt der Abfahrt beträgt der Blutalkoholgehalt des A 2,4 0/00 und der seiner Ehefrau 1,67 0/00. Da die Ehefrau für die Heimfahrt verkehrsarme Straßen benutzt, kommt es weder zu einem Unfall noch zu einer konkreten Gefährdung im Sinne des § 315a StGB ²⁾.

1) A ist gleichzeitig Halter

2) vgl. den vom BGH entschiedenen Fall NJW 60/924

Die Strafbarkeit der Ehefrau gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG ist unproblematisch. Fraglich ist jedoch, ob der Ehemann, der völlig passiv mitgefahren ist, ebenfalls nach der genannten Vorschrift bestraft werden kann. Eine Mittäterschaft des A zu der von seiner Ehefrau begangenen Verkehrsübertretung scheidet aus, falls die Ehefrau die Übertretung nur fahrlässig verwirklicht hat. Eine Beihilfe scheidet kraft Gesetzes gemäß § 49 Abs.1 StGB aus, gleichgültig ob die Ehefrau vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. A kann daher wegen Verstoßes gegen § 2 StVZO nur bestraft werden, wenn er selbst den Tatbestand dieser Vorschrift in vollem Umfange verwirklicht (Nebentäterschaft).

Das hängt in erster Linie davon ab, ob A Verkehrsteilnehmer im Sinne der genannten Vorschrift ist. Diese Frage wird in neuester Zeit in der Rechtsprechung des BGH bejaht ¹⁾. Der BGH vertritt zwar nicht die Ansicht, daß am Verkehr im Sinne der genannten Vorschrift jeder teilnimmt, der sich auf öffentlicher Straße, sei es zu Fuß, sei es mittels irgendeines Fahrzeugs fortbewegt. Danach wäre nämlich auch der völlig untätige Insasse einer Straßenbahn, eines Omnibusses oder eines anderen Kfz Verkehrsteilnehmer. Zur Vermeidung einer uferlosen Ausdehnung der Strafbarkeit hält der BGH an dem Grundsatz fest, daß Verkehrsteilnehmer nur derjenige sein kann, der auf das Verkehrsgeschehen einwirkt. Der völlig passiv mitfahrende Halter beschränkt sich zwar während der Fahrt auf ein Nichttun, wenn er es unterläßt, dem fahruntüchtigen Fahrer die Führung des PKW zu untersagen. Die den Verkehrsteil-

1) BGH NJW 60/924, 62/2069

nehmer kennzeichnende Einwirkung auf das Verkehrsgeschehen setzt jedoch nach der Ansicht des BGH nicht notwendigerweise ein tätiges Handeln voraus. Vielmehr soll auch ein Unterlassen genügen, wenn dadurch eine Rechtspflicht zum Tätigwerden verletzt wird.

Ebenso wie der Insasse, der durch positives Tun den Führer behindert, auf den Verkehrsvorgang einwirke, wirke der Halter in dem eingangs geschilderten Fall dadurch auf den Verkehrsvorgang ein, daß er den Führer an der Steuerung nicht hindere, obwohl er dieses mußte und in Folge seiner persönlichen Anwesenheit als Mitfahrer auch konnte ¹⁾. Den Halter trifft die Rechtspflicht zum Eingreifen, wenn ein fahrtüchtiger Fahrer sein Kraftfahrzeug lenkt.

Das ergibt sich außer aus der Haltereigenschaft auch aus § 7 Abs.1 StVO, gleichgültig, ob diese Vorschrift nur allgemeine Sorgfaltsregel oder in Verbindung mit § 21 StVG selbständige Strafnorm ist. In dem eingangs geschilderten Fall ergibt sich entgegen der Ansicht des BGH ²⁾ die Rechtspflicht des Ehemannes jedoch nicht daraus, daß er vor der Fahrt mit seiner Ehefrau gemeinsam gezecht hat. In konsequenter Anwendung der für die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus gemeinsamem Zechen entwickelten Grundsätze muß auch hier angenommen werden, daß eine Verantwortlichkeit aus der bloßen Zechgemeinschaft in der Regel nicht begründet werden kann ³⁾.

Die Einwirkung auf das Verkehrsgeschehen, die

-
- 1) so: BGH a.a.O.; OLG Hamburg, VkB1 50/399; OLG Braunschweig, VRS 17/227; OLG Braunschweig, DAR 57/46; Hartung, NJW 60/924 und JR 58/390
 - 2) so: BGH NJW 60/924; OLG Braunschweig, VRS 17/227 läßt die Frage dahingestellt
 - 3) vgl. oben Bes. Teil a dd (bbl)

auch die hier geschilderte Rechtsprechung des BGH als kennzeichnendes Merkmal des "Verkehrsteilnehmers" beibehält, wird im einzelnen in folgendem gesehen:

Das pflichtwidrige Verhalten des Halters habe zur Folge, daß das Kfz nicht aus dem Verkehr gezogen oder von einem fahrtüchtigen Fahrer übernommen werde, sondern daß die Fahrt des fahruntüchtigen Fahrzeugführers zu einer Gefahr für den Straßenverkehr werde. In diesem Sinne soll der Halter auf den Verkehrsvorgang eingewirkt haben. Die Beeinflussung des Fahrvorganges kann daher nach dieser Ansicht sowohl durch positives Tun als auch durch pflichtwidriges Unterlassen erfolgen.

Die weitere Frage, mit der sich die geschilderte Ansicht auseinandersetzen muß, ist die, wann die einzelnen Verkehrsteilnehmer, auf die § 2 StVZO angewendet werden kann, als Verkehrsuntüchtig angesehen werden können. Bei der Lösung der Frage stellt die Rechtsprechung auf den Verkehrsvorgang ab, den sie beherrschen müssen. So wird die Verkehrsuntüchtigkeit des Halters nicht schon deshalb angenommen, weil der in dem eingangs geschilderten Fall angenommene Blutalkoholgehalt von 2,4 0/00 die für die unbedingte Fahruntüchtigkeit geltende Grenze von 1,5 0/00¹⁾ überschritten hat. Der passiv mitfahrende Halter lenkt den Wagen, in dem er sitzt, nicht selbst. Seine Teilnahme am Straßenverkehr beschränkt sich darauf, daß er pflichtwidrig dem fahruntüchtigen Fahrer die Lenkung des Kfz überläßt. Daher ist die Frage, wann der Halter als Verkehrsuntüchtig anzusehen ist, vom Standpunkt

1) BGHSt 5/168, 170 ff.

der genannten Rechtsprechung aus nicht nach dem Maßstab zu beurteilen, der für einen Kraftwagenführer verwendet wird. Das selbständige Führen eines Kfz stellt nämlich an die Fähigkeiten eines Menschen bedeutend höhere Anforderungen als jede andere Form der Teilnahme am Straßenverkehr. Der Halter soll dann als verkehrs-untüchtig angesehen werden, wenn er nicht mehr in der Lage ist, die Fahruntüchtigkeit des Fahrers zu erkennen und dementsprechend die Trunkenheitsfahrt zu verhindern. Diese Fähigkeit verliert der Halter nach allgemeiner Erfahrung jedoch erst dann, wenn er zur Tatzeit eine derartige Blutalkoholkonzentration aufweist, deren Wert sich der Grenze nähert, von der ab man allgemein bereits Unzurechnungsfähigkeit oder aber mindestens erheblich verminderte Zurechnungsfähigkeit annimmt. Diese Voraussetzungen liegen bei der in dem eingangs geschilderten Fall vorliegenden Blutalkoholkonzentration von 2,4 ‰ vor ¹⁾. Nach der genannten Rechtsprechung hat daher A am Verkehr teilgenommen, obwohl er in Folge des Genusses von Alkohol nicht mehr im Stande war, sich sicher im Verkehr zu bewegen.

Die neueste Rechtsprechung kommt daher zu folgendem Ergebnis:

Der Halter eines Kfz, der als Mitfahrer einem erkennbar Fahruntüchtigen die Führung des Kfz überläßt, macht sich als Verkehrsteilnehmer einer Übertretung der §§ 2 StVZO, 21 StVG schuldig, wenn er selbst in Folge hochgradiger Alkoholbeeinflussung außerstande ist, die Fahruntüchtigkeit des Fahrers zu erkennen und ihm die Lenkung des Fahrzeugs zu untersagen ²⁾.

1) BGH NJW 60/924; OLG Braunschweig VRS 17/227

2) vgl. auch Floegel-Hartung, S.69; aus neuester Zeit OLG Hamm - 3 Ws 108/62 - unveröffentlicht

Der Halter ist nach der Rechtsprechung des BGH daher erst dann als verkehrsuntüchtig gemäß § 2 StVZO anzusehen, wenn seine Blutalkoholkonzentration einen solchen Grad erreicht hat, von dem ab man bereits Unzurechnungsfähigkeit annehmen kann. Daher ergibt sich für die genannte Rechtsprechung die Frage, ob der Halter auch dann gemäß § 2 StVZO in Verbindung mit § 21 StVG strafbar ist, wenn er wegen Unzurechnungsfähigkeit (eigene sinnlose Trunkenheit § 51 Abs.1 StGB) von dem Zustand des Fahrers nichts bemerkt hat. Diese Frage wird vom Standpunkt der genannten Rechtsprechung aus konsequent bejaht ¹⁾. Das gilt jedoch nur dann, wenn der Fahrzeughalter während der Fahrt mit dem Fahrer Wirtshausbesuche macht oder unterwegs anderweitig mit ihm zecht, also weiß, daß der Fahrer den Wagen noch fahren muß. In diesem Falle kann er sich nicht darauf berufen, daß er selbst bis zum Wiederantritt der gemeinsamen Fahrt sinnlos betrunken gewesen sei und daher von der Weiterfahrt nichts bemerkt habe, insbesondere wegen seiner eigenen Trunkenheit die Fahruntüchtigkeit des Fahrers nicht habe erkennen können. Nach den insoweit anzuwendenden Grundsätzen der fahrlässigen actio libera in causa beginnt die Schuld des Halters nicht erst in dem Augenblick, in dem die Fahrt wieder angetreten wird und der Fahrer die Führung des Wagens wieder übernimmt. Das Verschulden beginnt vielmehr in dem Zeitpunkt, in dem der Halter mit dem Fahrer Wirtshäusern besucht und es duldet, daß dieser unkontrolliert Alkohol zu sich nehmen kann, und zugleich damit rechnet, daß der Fahrer das Kfz

1) BGH VRS 13/470; Hans.OLG RdK 50/93; OLG Hamburg VkB1 50/399

auf der Heimfahrt steuern soll ¹⁾.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der in seinem Fahrzeug betrunken mitfahrende Halter dann konsequenterweise nicht strafbar, wenn der Fahrer nüchtern ist ²⁾. In diesem Falle wirkt nämlich nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen der sich völlig passiv verhaltende Halter in keiner Weise auf den Straßenverkehr ein. Eine Rechtspflicht zum Tätigwerden ergibt sich für ihn deshalb nicht, weil keine Gefahr abzuwenden ist.

Wieder anders wird von der neueren Rechtsprechung der Fall beurteilt, in dem der Fahrer betrunken, der mitfahrende Halter jedoch nüchtern ist ³⁾. Für den Fall, daß der Fahrer lediglich in betrunkenem Zustande fährt, ohne eine Verletzung oder Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer oder bedeutender Sachwerte hervorzurufen, wird eine Strafbarkeit des Halters verneint. Eine Nebentäterschaft des Halters gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG setzt nämlich nach der Rechtsprechung voraus, daß auch der Halter als Verkehrsteilnehmer verkehrsuntüchtig ist ⁴⁾. - Eine Bestrafung des Halters soll für den Fall, daß er selber nüchtern ist, nur dann gemäß §§ 1 StVO, 21 StVG erfolgen können, wenn durch den betrunkenen Fahrer eine konkrete Gefährdung oder Be-

1) BGH VRS 13/470

2) Das Schlagwort: "BGH bestraft betrunkenen Wageneigentümer auf dem Beifahrersitz", darf daher nicht verallgemeinert werden: vgl. Verk.D. 1960/81

3) BGH NJW 60/924; OLG Braunschweig VRS 17/227; OLG Hamm 3 Ws 108/62 - unveröffentlicht

4) OLG Hamm, a.a.O.

schädigung irgendwelcher Sachwerte erfolgt (Körperverletzung und Tötung bleiben hier außer Betracht), also ein Erfolg eintritt, der zu denjenigen gehört, die eine Strafbarkeit nach den §§ 1 StVO, 21 StVG begründen. Der Halter, der die Führung seines Fahrzeugs einem Verkehrsuntüchtigen pflichtwidrig überläßt, wird als Verkehrsteilnehmer angesehen und haftet für alle Erfolge, die der Führer in Folge seines Eignungsmangels im öffentlichen Verkehr herbeiführt. Er haftet als Nebentäter aus eigener strafrechtlicher Verantwortlichkeit nicht nur dann, wenn der Fahrer in Folge seiner Untauglichkeit einen Dritten körperlich verletzt oder sogar fahrlässig tötet, sondern auch dann, wenn der verkehrsuntüchtige Fahrer gegen § 1 StVO verstößt ¹⁾.

Als Ergebnis der neueren Rechtsprechung ist daher weiterhin festzuhalten:

Der Halter eines Kfz, der als Mitfahrer einem erkennbar Fahruntüchtigen die Führung des Fahrzeugs überläßt, macht sich als Verkehrsteilnehmer einer Übertretung nach den §§ 1 StVO, 21 StVG schuldig, wenn der Fahrer die genannte Vorschrift verwirklicht; es ist dabei ohne Bedeutung, ob der Halter selbst betrunken ist oder nicht.

Die geschilderte Rechtsprechung ist jedoch insoweit nicht bedenkenfrei, als sie annimmt, eine Einwirkung auf den Verkehrsvorgang könne auch durch pflichtwidriges Unterlassen geschehen. Der Tatbestand eines Gesetzes kann so gefaßt

1) BGH NJW 60/924; Hartung, JR 58/390 ff., derselbe NJW 60/924

sein, daß er die Begehung durch Unterlassung ausschließt. Dann handelt es sich um eine Einschränkung der Ausführungshandlung, wie sie auch sonst - etwa bei eigenhändigen Delikten - gegeben ist. Man wird allgemein sagen können, daß diejenigen Tatbestände nicht in Form der Unterlassung erfüllt werden können, die nach allgemeiner Verkehrsauffassung ein höchstpersönliches Aktivverhalten erfordern, z.B. eine bestimmte Körperbetätigung oder die körperliche Anwesenheit. Diese Grundsätze ¹⁾ sind bei der Auslegung des Begriffs des Verkehrsteilnehmers in den §§ 2 StVZO, 1 StVO zu beachten. Eine mittelbare Beziehung zu einem Verkehrsvorgang, wie sie beim Halter, der selbst lediglich passiv mitfährt, besteht, reicht nicht aus, um ihn zum Verkehrsteilnehmer zu machen. Der Insasse eines Kfz, der keine dem Fahrer obliegende Tätigkeit ausübt, in die Tätigkeit des Fahrers nicht körperlich eingreift und auch nicht in sonstiger Weise unmittelbar auf sie einwirkt, ist nicht Verkehrsteilnehmer, auch wenn er Halter des Fahrzeugs und Dienstherr des Fahrzeugführers ist ²⁾. Die Verantwortlichkeit des Mitfahrers als Dienstherr des Fahrers oder Halter des Wagens oder aus vorangegangenen Tun, die sich gegebenenfalls aus anderen Vorschriften (§§ 222, 230 StGB) ergibt ³⁾ ändert nichts daran, daß ein solcher Mitfahrer den § 2 StVZO nicht durch bloßes Unterlassen erfüllen kann. Der Begriff des Verkehrsteilnehmers ist von der rechtlichen Frage der Zurechenbarkeit eines verkehrswidrigen

1) LK I Bd. (1957) S. 35

2) OLG Düsseldorf JMBL NRW 56/212, 213; OLG Köln NJW 53/676; RG VAE 44/30

3) vgl. oben III Bes. Teil a

Verhaltens zu trennen. Den Halter eines Fahrzeuges oder den Dienstherrn eines Fahrers kann nur dann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit treffen, wenn die Trunkenheitsfahrt des Fahrers zur Tötung oder Körperverletzung anderer Verkehrsteilnehmer geführt hat; jedoch scheidet eine Strafbarkeit dann aus, wenn der Verkehrsverstoß des Fahrers ohne Rücksicht auf den Erfolg strafbar ist. § 2 StVZO richtet sich in seinem Verbot, fahruntüchtig am Verkehr teilzunehmen, nur gegen den Fahrer ¹⁾.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten: Verkehrsteilnehmer ist nur derjenige, der aktiv und unmittelbar auf den Verkehrsvorgang einwirkt. Das bedeutet, daß Verkehrsteilnehmer nicht schon jeder ist, der im Zusammenhang mit einem Verkehrsvorgang schädliche Wirkungen verursacht. Der Fahrzeuginsasse ist nur dann Verkehrsteilnehmer, wenn er entweder Fahrerfunktionen ausübt, z.B. vorübergehend das Lenkrad führt, oder in anderer Weise unmittelbar durch aktives Tun auf den Führer einwirkt, um den Verkehrsvorgang in irgendeiner Weise zu beeinflussen ²⁾.

Das von der Rechtsprechung ³⁾ gefundene Ergebnis, welches den Halter für einen Verkehrsverstoß des Fahrers haften läßt, der ohne Rücksicht auf den Erfolg strafbar ist, bedeutet meines Erachtens eine Überdehnung des Strafrechts. Man muß ohnehin bedauern, daß sich das Strafrecht in übermäßiger Weise ausdehnt und daß diese Ausdehnung neuerdings besonders durch das Straßenverkehrs-

1) OLG Celle VRS 15/417

2) Müller, S. 731; OLG Hamm VRS 7/213

3) BGH NJW 60/924; NJW 62/2069

recht hervorgerufen wird ¹⁾. Es besteht zwar ein dringendes Interesse daran, der Mitverantwortlichkeit Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer größere Aufmerksamkeit zuzuwenden, als dies im Augenblick durchweg der Fall ist. Die strafrechtliche Verfolgung derjenigen, die ein Fahrzeug nicht selbst geführt haben, hat sich jedoch auf dem Boden der geltenden Gesetze zu vollziehen. Es bleibt dem Gesetzgeber überlassen, etwa bestehende Lücken zu schließen.

Der Halter eines Kraftfahrzeugs, der die Führung des Kfz, in dem er selbst mitfährt, einem betrunkenen Fahrer überläßt, könnte jedoch gegen § 7 Abs.1 Satz 1 StVO verstoßen haben. Die genannte Vorschrift ist jedoch nicht als selbständige Strafnorm aufzufassen. Soweit ersichtlich, ist diese Vorschrift bisher in der Rechtsprechung auch nur als allgemeine Sorgfaltsregel behandelt worden ²⁾. In den meisten Entscheidungen wird die Vorschrift nicht einmal angeführt, sondern man geht von der allgemein bestehenden Rechtspflicht des Halters aus, keinen ungeeigneten Fahrer ans Steuer zu lassen ³⁾. Die Bedeutung der Vorschrift besteht daher lediglich in der Begründung allgemeiner Sorgfaltspflichten, die bei Erfolgsdelikten (§§ 222, 230 StGB) des Führers die Verantwortlichkeit des Halters ergeben können. Die Bestimmung ist daher etwa mit den Unfallverhütungsvorschriften zu vergleichen, deren Verletzung für sich allein nicht strafbar ist, im Falle eines Erfolgsdeliktes aber

1) vgl. Karl Peters, Betrachtungen zur Strafrechtsreform, S. 9, 10; Einzelheiten zur Begrenzung des Strafrechts vgl.: Karl Peters in Peters-Lang-Hinrichsen, S. 13-52

2) RG HRR 39/797

3) vgl. BGH NJW 53/779, VRS 4/608 - vgl. im übrigen oben III Bes. Teil a bb (aal) und die dort aufgeführte Rechtsprechung

die Schuld des Täters begründen kann ¹⁾. In ähnlichem Sinne führt das OLG Stuttgart ²⁾ aus, es gebe keine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, die dem Halter eines Kfz verbiete, die Führung seines Fahrzeugs einem Fahruntüchtigen zu überlassen; das hindere allerdings nicht, die Überlassung an einen Fahruntüchtigen bei einem eingetretenen Erfolg als pflichtwidrig anzusehen, auch wenn sie für sich allein nicht besonders mit Strafe bedroht sei.

cc2. Sonstige Mitfahrer
als Verkehrsteilnehmer.

Man kann nicht soweit gehen, daß man schlechthin jeden Insassen eines Kfz als Verkehrsteilnehmer kraft seines Mitfahrens ansieht. Eine Rechtspflicht des schlichten Mitfahrers zum Einschreiten kann nicht daraus hergeleitet werden, daß dieser auf Grund des bloßen Mitfahrens die undisziplinierte Fahrweise des Fahrers unterstütze ³⁾. Auch hier muß die Ansicht abgelehnt werden, daß jedem Rechtsgenossen die Aufgabe obliege, strafbare Handlungen zu verhindern, soweit das in seinen Kräften stehe ⁴⁾. Der schlichte Mitfahrer kann somit, auch wenn er völlig betrunken ist, schon deshalb nicht als Nebentäter gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG betrachtet werden, weil ihn keine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung trifft.

1) OLG Stuttgart Verk.Mitt. 56/Nr. 101; OLG Celle VRS 15/417 - Hartung, NJW 60/924 und JR 58/390 sieht dagegen § 7 Abs.1 StVO als selbständige Strafnorm an; ebenso OLG Braunschweig VRS 17/227 und neuerdings OLG Hamm - 3 Ws 108/62 - unveröffentlicht

2) OLG Stuttgart a.a.O.

3) Jacobi, Vers.Wirtsch. 50/513

4) RGSt 74/189; vgl. hierzu im einzelnen oben III Bes.Teil 1 e

In konsequenter Anwendung der für den Halter eines Kraftfahrzeuges entwickelten Grundsätze ¹⁾ muß überdies angenommen werden, daß auch derjenige passive Mitfahrer, der einen betrunkenen Fahrer in einem Kraftfahrzeug begleitet, dann nicht als Verkehrsteilnehmer (§§ 2 StVZO, 1 StVO) anzusehen ist, wenn ihn eine Rechtspflicht trifft, die Trunkenheitsfahrt zu verhindern. Das trifft für alle diejenigen Personengruppen zu, die oben unter dem Gesichtspunkt der Nebentäterschaft hinsichtlich der Delikte §§ 222, 230 StGB in Form des unechten Unterlassungsdeliktes als strafrechtlich verantwortlich bezeichnet worden sind ²⁾. So sind z.B. ein mitfahrender Polizeibeamter oder der Vorgesetzte des Fahrers nicht als Verkehrsteilnehmer gemäß § 2 StVZO zu betrachten, wenn sie entgegen ihrer Rechtspflicht die Trunkenheitsfahrt nicht verhindern. Die genannten Personengruppen sind somit nicht gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG zu bestrafen, wenn sie als Mitfahrer einen erkennbar Fahruntüchtigen das Kfz führen lassen und sie selbst in Folge hochgradiger Alkoholbeeinflussung außerstande sind, die Fahruntüchtigkeit des Fahrzeugführers zu erkennen und ihm die Lenkung des Kfz zu untersagen.

Sie sind ebenfalls nicht gemäß §§ 1 StVO, 21 StVG strafbar, wenn sie als Mitfahrer einen erkennbar Fahruntüchtigen nicht an der Führung des Fahrzeuges hindern und dieser die genannte Vorschrift erfüllt. Es gelten die gleichen Grundsätze wie sie oben für den Halter dargelegt worden sind ³⁾.

1) vgl. oben III Bes.Teil b bb aal (bb2)

2) vgl. oben III Bes.Teil a

3) vgl. oben III Bes.Teil b bb aal(bb2)

Soweit ersichtlich, hat auch die Rechtsprechung die genannten Personengruppen, wenn überhaupt, so nur dann für strafbar erachtet, wenn der Fahrer infolge seiner Fahruntüchtigkeit Dritte körperlich verletzt oder sogar fahrlässig tötet ¹⁾.

Nur das OLG Braunschweig hat in diesem Zusammenhang eine andere Auffassung vertreten ²⁾ und eine weite Auslegung des Begriffes des Verkehrsteilnehmers bejaht:

Bei der Untersuchung, ob der in Folge Trunkenheit fahruntüchtige Fahrer eines Kfz für die Mitinsassen eine Gemeingefahr herbeiführt, wenn diese Teilnehmer der strafbaren Handlung sind, führt es folgendes aus:

Es verneint die gestellte Frage und betont, daß das Herbeiführen einer Gemeingefahr auch dann ausscheidet, wenn die Mitinsassen als Nebentäter strafbar seien. Ein Insasse sei in diesem Sinne gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG selbst strafbar, wenn er der Halter des Wagens sei und einen Fahrer ans Steuer lasse, von dem er hätte annehmen müssen, daß er fahruntüchtig sei.

Das Gericht deutet darüberhinaus an, daß ein Mitinsasse, auch wenn er nicht Halter des Kfz sei, unter Umständen verpflichtet sei, die Übernahme eines Fahrzeuges durch einen Betrunkenen zu verhindern. Die Nichterfüllung dieser Pflichten könnte unter Umständen zu einer Strafbarkeit des Mitfahrers gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG führen. Auf die Frage, warum der Mitfahrer auch den Begriff des Verkehrsteilnehmers erfülle, geht das Gericht nicht ein.

1) OLG Köln NJW 53/676; BGH VRS 4/527, 6/33, 8/477; OLG Hamm VRS 7/213; OLG Düsseldorf JMBL NRW 56/212, 213
2) DAR 57/46

Das OLG Braunschweig übersieht weiterhin, daß eine Bestrafung eines Mitfahrers gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG voraussetzt, daß er selbst als Verkehrsteilnehmer verkehrsuntüchtig ist. Eine Bestrafung des Halters oder auch anderer Mitfahrender, die eine Pflicht zur Verhinderung der Trunkenheitsfahrt trifft, kann für den Fall, daß sie selbst nüchtern sind und kein anderer körperlich verletzt oder getötet wird, nur dann erfolgen, wenn eine konkrete Gefährdung oder Beschädigung im Sinne des § 1 StVO eingetreten ist; das gilt selbst dann, wenn man entgegen der hier dargelegten Meinung ¹⁾ die Auffassung vertritt, Verkehrsteilnehmer könne auch der sein, der nicht durch aktives Tun auf einen Verkehrsvorgang einwirkt.

Soweit die Rechtsprechung eine Erfüllung des Tatbestandes der schlichten Trunkenheit im Verkehr (§§ 2 StVZO, 21 StVG) durch Unterlassung für möglich hält, verlangt sie jedoch folgendes: Sowohl der Halter als auch die übrigen in Frage kommenden Personengruppen können nur dann als Verkehrsteilnehmer angesehen werden, wenn sie selbst mitfahren. Wenn die Rechtsprechung auch nicht soweit geht, daß sie als Verkehrsteilnehmer nur denjenigen betrachtet, der durch unmittelbare körperliche Beeinflussung des Fahrers oder dessen Fahrweise auf den Verkehrsvorgang einwirkt, sondern auch gewisse Personengruppen, die lediglich passiv mitfahren, so ist jedoch eine solche mittelbare Beziehung zu einem Verkehrsvorgang, wie sie bei einem Halter, der nicht mitfährt, besteht, nicht ausreichend ²⁾.

1) III Bes. Teil b bb aal (bb2)

2) BGH NJW 60/924; OLG Hamm VRS 7/213

bbl. Strafbarkeit des Fahrers nach
§§ 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB.

aa2. Der Mitfahrer als Führer des Kfz.

Die Frage, ob der betrunkene Mitfahrer in einem PKW auch als Nebentäter einer fahrlässigen Straßenverkehrsgefährdung betrachtet werden kann, wenn der Fahrer des Kfz eine konkrete Gemeingefahr in Folge seiner Fahruntüchtigkeit herbeiführt, beantwortet sich in derselben Weise, wie es oben für den betrunkenen Soziusfahrer auf einem Kraftrad dargelegt worden ist ¹⁾. Die tatsächlichen Umstände, die nach den oben dargelegten Grundsätzen ²⁾ einen Mitfahrer zum Verkehrsteilnehmer machen, begründen in der Regel noch nicht seine Eigenschaft als Führer eines Kraftfahrzeuges. Der Mitfahrer in einem Kfz ist nicht schon deshalb als Führer anzusehen, weil er in irgendeiner Weise - durch positives Tun oder durch Unterlassen - an der Leitung des Fahrzeuges mitbeteiligt ist oder in anderer Weise unmittelbar auf den Verkehrsvorgang einwirkt ³⁾. Der betrunkene Mitfahrer in einem Kfz kann nur dann als Nebentäter einer fahrlässigen Straßenverkehrsgefährdung angesehen werden, wenn er das Fahrzeug unter eigener Verantwortung lenkt und alle für die Bedienung des Kfz wesentlichen Vorrichtungen ausführt ⁴⁾.

Selbst wenn der betrunkene Insasse des Fahrzeuges also einen Teil der dem Führer obliegenden Tätigkeit ausübt oder diesen durch aktives Tun behindert, kann er nicht als Führer des Kfz angesehen werden, sondern lediglich im oben darge-

1) vgl. im einzelnen III Bes.Teil b aa (bbl)

2) III Bes.Teil b bb (aal)

3) III Bes.Teil b bb (aa2 - cc2)

4) III Bes.Teil aa (bbl), vgl. aus neuester Zeit ebenso BGH NJW 62/2069

legten Sinne ¹⁾ als Verkehrsteilnehmer gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG bestraft werden.

bb2. Der passiv mitfahrende Halter.

Ebensowenig wie diejenigen nicht als "Verkehrsteilnehmer" angesehen werden können, die sich in der Weise verkehrserheblich verhalten, daß sie es pflichtwidrig unterlassen, auf einen Verkehrsvorgang erfolgsabwendend einzuwirken, so können jene Personengruppen auch nicht als "Führer" eines Kfz angesehen werden. Soweit demnach der Insasse eines Kfz einer Personengruppe angehört, die die Rechtspflicht trifft, den fahruntüchtigen Fahrer an der Trunkenheitsfahrt zu hindern, kann er seinerseits nicht als Verkehrsteilnehmer gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG strafrechtlich erfaßt werden ²⁾; der passiv mitfahrende Halter oder sonstige Personen, die eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung trifft, können jedoch auch nicht gemäß §§ 315a Abs.1 Ziff. 2, 316 Abs.2 StGB als Nebentäter bestraft werden, wenn sie in verkehrsuntüchtigem Zustande in einem Kraftwagen mitfahren, dessen Fahrer in Folge seiner eigenen Fahruntüchtigkeit eine konkrete Gemeingefahr herbeigeführt hat.

c. Die Beteiligung des Mitfahrers bei fahrlässiger Tötung und Körperverletzung.

Wie bereits oben dargelegt wurde ³⁾, ist die Eigenschaft des Mitfahrers allein kein Anknüpfungspunkt für eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung. Der schlichte Mitfahrer ist somit nicht bereits kraft des Mitfahrens schlechthin zum Eingreifen gegen einen betrunkenen Kraftfahrer verpflichtet.

1) III Bes. Teil b bb aal (aa2)

2) III Bes. Teil b bb aal (bb2)

3) III. B Besonderer Teil a. 66.

Nur wenn ein Mitfahrer eine der oben aufgeführten ¹⁾ besonderen Eigenschaften besitzt oder gar mehrere zugleich (z.B. Polizeibeamter, Halter des Kfz oder Vorgesetzter des Fahrers ist), ist er zur Erfolgsabwendung verpflichtet.

Im Gegensatz zu der Nebentäterschaft hinsichtlich der speziellen Alkoholdelikte der fahrlässigen Straßenverkehrsgefährdung und der schlichten Trunkenheit im Verkehr, die naturgemäß auch die Mitfahrereigenschaft des Nebentäters erfordern, kommt es für die Haftung gemäß §§ 222, 230 StGB nicht darauf an, ob der Nebentäter zusammen mit dem betrunkenen Führer des Kfz gefahren ist. Die Tatsache, daß ein zur Erfolgsabwendung Verpflichteter auch noch zufällig im Kraftfahrzeug mitfährt, ist für seine Haftung gemäß §§ 222, 230 StGB demnach unerheblich.

Bezüglich der Strafbarkeit des Mitfahrers als Nebentäter einer fahrlässigen Tötung oder fahrlässigen Körperverletzung kann daher in vollem Umfang auf die obigen Ausführungen verwiesen werden ²⁾.

C. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter auf Grund selbständiger Delikte.

Im folgenden soll noch untersucht werden, inwieweit selbständige Tatbestände die strafrechtliche Verantwortlichkeit Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenen Kraftfahrer begründen können, ohne daß die Beteiligung Dritter an den von dem betrunkenen Kraftfahrer im Einzelfall begangenen Delikten erörtert wird.

1) III B Besonderer Teil a. aa. bis dd.

2) III Bes. Teil a. aa. - dd.

1. Gaststättengesetz.

Auf Grund des Gaststättengesetzes vom 28.4.1930 können nur diejenigen Personenkreise strafrechtlich erfaßt werden, die sich gewerbsmäßig mit dem Verabreichen von Alkohol befassen.

Gemäß § 16 Ziff.3 Gaststättengesetz ist es verboten, geistige Getränke im Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft oder im Kleinhandel an Betrunkene zu verabreichen. Der Verstoß gegen dieses Verbot ist gemäß § 29 Ziff. 8 Gaststättengesetz als Übertretung unter Strafe gestellt.

Es ist zu berücksichtigen, daß unter dem Tatbestandsmerkmal "im Betriebe einer Gast- oder Schankwirtschaft" nicht nur die räumliche, sondern auch der geschäftliche Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb zu verstehen ist. Auch der Ausschank und Verkauf geistiger Getränke durch einen Gastwirt über die Straße an Betrunkene fällt unter das Verbot. - Kleinhandel im Sinne der Vorschrift ist jede gewerbsmäßige Abgabe an Verbraucher, auch außerhalb einer Gast- oder Schankwirtschaft.

Betrunken im Sinne des Gaststättengesetzes ist jeder, dessen Trunkenheit einen solchen Grad erreicht hat, daß sie für andere erkennbar wird. Sinnlose Betrunkenheit in Form der nahezu völligen Ausschaltung der Fähigkeit zu denken ist gemäß § 16 Ziff.3 Gaststättengesetz nicht vorausgesetzt ¹⁾.

Die Übertretungsvorschrift des Gaststättengesetzes ist in der Regel nicht geeignet, den Unrechtsgehalt des Verhaltens eines Gastwirts in ausrei-

1) Michel, S. 222

chender Weise zu erfassen, der einen Kraftfahrer durch den Ausschank von Alkohol fahruntüchtig macht, ihn dennoch fahren läßt und dadurch die Tötung oder Körperverletzung eines anderen Verkehrsteilnehmers verursacht.

2. Freiheitsberaubung (§ 239 StGB).

Wie die vorliegende Untersuchung zeigt, werden nicht nur die von dem betrunkenen Kraftfahrer selbst begangenen Delikte fahrlässig verwirklicht, sondern auch die mitverantwortlichen Dritten trifft in der Regel der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Daher ist von vornherein bei den in dieser Untersuchung erörterten Verhaltensweisen dritter Personen nur recht selten Raum für Vorsatzdelikte, wie es die Freiheitsberaubung darstellt, gegeben.

Immerhin läßt sich z.B. folgender Fall denken, der strafrechtlich als Freiheitsberaubung gewürdigt werden kann:

A schenkt dem B vorsätzlich soviel alkoholische Getränke aus, daß B sinnlos betrunken wird und sich in Folge des übermäßigen Alkoholgenusses nicht mehr frei bewegen kann.

Da Mittel der Freiheitsberaubung außer dem Einsperren jede andere Handlung sein kann, sofern sie nur dazu führt, daß ein anderer des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubt wird, ist auch das Trunkenmachen, sofern es zur Aufhebung der Bewegungsfreiheit des Betrunkenen führt, als Freiheitsberaubung anzusehen ¹⁾.

Wenn A im Ausgangsfall auch wußte oder mindestens damit rechnete, daß der übermäßige Ausschank von

1) vgl. RGSt 6/231: Wegnahme der Kleider eines nackt Badenden

Alkohol zur Aufhebung der Bewegungsfreiheit des A führen würde und er dennoch den Ausschank fortsetzte, handelte er auch vorsätzlich und hat sich gemäß § 239 StGB strafbar gemacht ¹⁾.

Der oben angenommene Fall wird sich jedoch in der Praxis recht selten ereignen. Selbst wenn ein Kraftfahrer volltrunken gemäß § 330a StGB ist, wird dennoch in der Regel seine Bewegungsfreiheit noch nicht völlig aufgehoben sein; im übrigen wird es z.B. einem Gastwirt, einem privaten Gastgeber oder einem Zechgenossen nur sehr schwer nachzuweisen sein, daß er die Aufhebung der Bewegungsfreiheit eines Kraftfahrers vorsätzlich herbeigeführt hat.

3. Beleidigung (§ 185 StGB).

In Ausnahmefällen, die sich ebenfalls in der Praxis recht selten ereignen werden, kann auch das Delikt der Beleidigung durch einen Dritten begangen werden, der einem Kraftfahrer Alkohol ausschenkt oder ihn zum Trinken animiert. Folgender Fall wäre z.B. denkbar:

In einem Dorfgasthaus sitzen mehrere Dorfbewohner beim Bier. Sie sehen, daß der A, ein im Dorf als geistesschwach bekannter Mann, sich mit einem Fahrzeug dem Gasthof nähert. Die Dorfbewohner beschließen, den A betrunken zu machen, wie sie es schon oft getan haben, um sich an den gewohnten sinnlosen Handlungen des A zu erfreuen. A, der, wie erwartet, ohne Argwohn alles trinkt, was man ihm kostenlos anbietet, ist in kurzer Zeit betrunken und verschafft den Dorfbewohnern den erwarteten Spaß.

1) Schönke-Schröder, § 239 VIII

In einer solchen Handlung der übrigen Dorfbewohner ist die Kundgabe einer Nichtachtung oder Mißachtung des A zu sehen. Der Ausschank von alkoholischen Getränken an Dritte ist zwar für sich allein in der Regel noch kein Verhalten, durch das der Dritte geringschätzig behandelt und in seiner Ehre angegriffen wird. Der Alkoholausschank kann den Tatbestand einer Beleidigung jedoch dann erfüllen, wenn die Handlung eine Herabwürdigung des Dritten bedeutet und den Ausdruck der Mißachtung oder Geringschätzung enthält ¹⁾. Im vorliegenden Falle ist zu der äußeren Handlung des Alkoholausschanks bzw. des Animierens zum Alkoholgenuß noch die ehrverletzende Beziehung des Handelns erkennbar hinzugekommen ²⁾. Die Dorfbewohner haben im vorliegenden Fall durch ihr Handeln die Auffassung zu erkennen gegeben, der A sei als Persönlichkeit so minderwertig, daß er durch die kostenlose Bewirtung mit Alkohol zur Belustigung der übrigen mißbraucht werden könne.

Da die Dorfbewohner auch in dem Bewußtsein gehandelt haben, daß ihr Handeln zur Ehrverletzung geeignet war ³⁾, sind sie gemäß § 185 StGB zu bestrafen. Ob A die Ehrverletzung auch als solche empfunden hat, was im übrigen sehr zweifelhaft wäre, ist ohne Bedeutung ⁴⁾. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Fälle recht selten sind, in denen man in dem Ausschank von Alkohol an Dritte eine Beleidigung sehen kann. In den meisten Fällen dieser Art (Gastwirt, privater Gastgeber, Halter, Vorgesetzter) ⁵⁾ wird

1) RG JW 35/526

2) RG HRR 1940/Nr. 1151

3) BGHSt 1/291

4) BGH a.a.O.

5) III Bes.Teil a. aa. - dd.

die ehrverletzende Beziehung des Alkoholausschanks fehlen, die diesen zu einer beleidigenden Handlung werden läßt. Desgleichen wird der Beleidigungsvorsatz selten vorliegen, der das Bewußtsein erfordert, daß eine Handlung zur Ehrenkränkung geeignet ist.

IV. Schlußbemerkung - Zusammenfassung.

Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, daß eine Vielzahl von Möglichkeiten besteht, bei Verkehrsdelikten betrunkenener Kraftfahrer außenstehende Dritte strafrechtlich zu erfassen und daß es daher durchaus notwendig erscheint, daß die Ermittlungsbehörden ihre Aufmerksamkeit nicht nur dem betrunkenen Fahrzeugführer zuwenden.

Da die hier untersuchten Alkoholdelikte in der Regel fahrlässig begangen werden, ist nach richtiger Ansicht eine Erfassung dritter Personen als Mittäter, Anstifter und Gehilfen nicht möglich. Es ist daher erforderlich, auf die Nebentäterschaft auszuweichen, soweit der Kraftfahrer ein Verkehrsdelikt nur fahrlässig verwirklicht. Das hat zur Folge, daß der Dritte den von dem betrunkenen Führer des Kfz erfüllten Straftatbestand in eigener Person in vollem Umfang verwirklichen muß und führt besonders bei dem Delikt der fahrlässigen Straßenverkehrsführung zu Schwierigkeiten, da der Täter nach dieser Vorschrift den Begriff des "Führers" in eigener Person erfüllen muß. Für jeden der getrennt voneinander handelnden Täter ist zu prüfen, ob er durch sein Handeln oder Unterlassen

den Tatbestand voll verwirklicht hat. § 47 StGB, wonach jeder Mittäter seine eigene Tätigkeit durch die Handlungen des oder der Genossen vervollständigen und durch dieses Zusammenwirken den ganzen Erfolg der Tat herbeiführen will, gilt für die Nebentäter nicht.

Die häufigste Form der fahrlässigen Nebentäterschaft hinsichtlich der Delikte der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung ist die unechte Unterlassungsstraftat. Eine Rechtspflicht des Dritten zur Erfolgsabwendung und zur Verhinderung der Trunkenheitsfahrt (Garantenpflicht) ergibt sich aus dem Gesetz, aus der Verfügungsgewalt über das Kfz oder der Weisungsgewalt über den Fahrer sowie aus vorausgegangenem Tun. Bei der Begründung der Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun ist darauf zu achten, ob der unmittelbare Täter verantwortlich handelt und daher eine Garantenpflicht des außenstehenden Dritten ausscheidet.

Die speziellen Alkoholdelikte (§§ 2 StVZO, 21 StVG, 315a Abs.1 Ziff.2, 316 Abs.2 StGB) können nur durch positives Tun von dem Nebentäter verwirklicht werden. Die schlichte Trunkenheit im Verkehr (§§ 2 StVZO, 21 StVG) knüpft an den Begriff des "Verkehrsteilnehmers" an und ermöglicht keine Erfüllung des Tatbestandes durch Unterlassen.

Eine fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung kann ebenfalls nicht durch Unterlassung begangen werden. "Führer" eines Kfz kann nur derjenige sein, der unter eigener Verantwortung das Fahrzeug lenkt und alle für die Bedienung des Kfz wesentlichen Vorrichtungen ausführt. Soweit der Dritte als "Verkehrsteilnehmer" betrachtet werden kann, ist

er gemäß §§ 2 StVZO, 21 StVG strafbar, während der Fahrer selbst eine fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung begangen hat.

Begeht der Kraftfahrer ein Verkehrsdelikt der hier behandelten Art im Zustande der Volltrunkenheit (§ 51 Abs.1 StGB) und ist er gemäß § 330a StGB strafbar, falls ein Fall der fahrlässigen *actio libera in causa* nicht vorliegt, so ist zu unterscheiden:

Erstreckt sich das Verschulden des Dritten auf die vom Rauschtäter begangene konkrete Rauschtat (z.B. § 222 StGB), so ist er an der Rauschtat in Form der fahrlässigen Nebentäterschaft beteiligt. Eine Teilnahme in der Form von Anstiftung, Beihilfe oder Mittäterschaft an der Rauschtat ist bei den hier in Rede stehenden Fahrlässigkeitsstraftaten ausgeschlossen.

Reicht das Verschulden des Dritten jedoch nur soweit, daß er weiß oder wissen muß, der von ihm in den Zustand der Volltrunkenheit versetzte Kraftfahrer werde in diesem Zustand möglicherweise strafbare Handlungen irgendwelcher Art begehen, so bleibt er straflos. Eine Teilnahme am bloßen Sichberauschen innerhalb des § 330a StGB ist nicht möglich, da § 330a nach richtiger Ansicht kein selbständiger Straftatbestand ist.

Die strafrechtliche Erfassung Dritter auf Grund selbständiger Straftatbestände (Gaststättengesetz, Freiheitsberaubung, Beleidigung) bietet nur eine recht unvollkommene Möglichkeit zur Begründung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit Dritter bei Verkehrsdelikten betrunkenener Kraftfahrer.

Lebenslauf.

Ich wurde am 26.12.1935 als zweiter Sohn des
Drehers Johann Bödecker und seiner Ehefrau Laura
geb. Borkenstein in Witten/Ruhr geboren.
Von 1942 bis 1947 besuchte ich die Volksschule in
Herbede-Durchholz. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.
Im Frühjahr 1947 wurde ich nach Bestehen der Auf-
nahmeprüfung in die Sexta des Städtischen Gymna-
siums zu Witten/Ruhr aufgenommen. Mit Beginn der
Untertertia entschied ich mich für den neusprach-
lichen Zweig der Schule mit Französisch als drit-
ter Fremdsprache neben Latein und Englisch. Am 2.
März 1956 bestand ich die Reifeprüfung am Städti-
schen Gymnasium Witten.
Mit dem Sommersemester 1956 begann ich das Stu-
dium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen
Wilhelms-Universität Münster. Dort verblieb ich
während des gesamten Studiums und bestand am 19.
März 1960 nach einem Studium von acht Semestern
die erste juristische Staatsprüfung vor dem Ju-
stizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm.
Seit dem 26. April 1960 stehe ich als Gerichts-
referendar im Dienste des Landes Nordrhein-West-
falen.
Die mündliche Doktorprüfung fand am 9. Nov. 1963
statt.

